

DESAFIOS EN UN MUNDO INCIERTO

PATRICIO LEIVA LAVALLE

EDITOR



UMC
UNIVERSIDAD
MIGUEL DE CERVANTES

Contiene el Fallo de la Corte Internacional de Justicia
sobre la Situación y Uso de las aguas del Río Silala. Chile vs Bolivia

XVI CICLO DE CONFERENCIAS 2022-23
Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales

*El Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales
agradece al Sr. Cristóbal Fernández, a la Sra. Francisca Ortega, al Sr. Luis
Alberto Aguirre,
a la Sra. Soledad Sandoval y al Sr. José Wurgaft
por sus valiosas contribuciones en la edición del presente libro*

*Los contenidos de esta publicación son responsabilidad personal
de sus autores,
no representan ni comprometen a las Instituciones a las cuales pertenecen,
al Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales,
a la Universidad Miguel de Cervantes ni al Estado de Chile*

*Autorizada la reproducción de los contenidos de este libro
precisando su origen.*

*Universidad Miguel de Cervantes
Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales
Mac Iver 370. Santiago de Chile.
Teléfono 56-2 2927 3400*

*Copyright Universidad Miguel de Cervantes
e Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales*

ISBN N° 978-956-7803-38-5

ISBN N° 978-956-7803-39-2

Chile 2023

ÍNDICE

<i>PRESENTACIÓN</i> PATRICIO LEIVA LAVALLE	xi
1. LA POLÍTICA EXTERIOR DE CHILE Y EL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EL RÍO SILALA HERALDO MUÑOZ VALENZUELA	1
2. CASO RÍO SILALA, CHILE ANTE LA CORTE DE LA HAYA CAROLINA VALDIVIA TORRES	17
3. DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES EN LA PROPUESTA DE LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE HACIA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA CHILE CLAUDIO TRONCOSO REPETTO	31
4. LA PLURINACIONALIDAD: ES UN TEMA DE GEOPOLÍTICA Y PATRIA JOSÉ RODRÍGUEZ ELIZONDO	47
5. PLURINACIONALIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL SAMUEL FERNÁNDEZ ILLANES	57
6. REALIDAD Y PERSPECTIVAS DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE SERGIO BITAR CHACRA	67
7. LA ALADI Y LA INTEGRACIÓN DE AMÉRICA LATINA SERGIO ABREU BONILLA	77
8. INVASIÓN DE RUSIA A UCRANIA: EVOLUCIÓN, IMPACTOS Y PERSPECTIVAS EDGARDO RIVEROS MARÍN	85
9. GUERRA EN UCRANIA, AMERICA LATINA Y EL NO ALINEAMIENTO ACTIVO JORGE HEINE	95
10. UNA NUEVA GUERRA FRÍA JOSEP DURAN I LLEIDA	105

11. ANEXO 1: FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE LA DEMANDA DE CHILE A BOLIVIA SOBRE EL RÍO SILALA	115
12. ANEXO 2: LIBROS DEL INSTITUTO LATINOAMERICANO DE RELACIONES INTERNACIONALES	195

PRESENTACIÓN

PATRICIO LEIVA LAVALLE

Director
Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales
Universidad Miguel de Cervantes, Santiago de Chile

El XVI Ciclo de Conferencias del Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, de la Universidad Miguel de Cervantes, estuvo dedicado al examen de temas muy específicos de especial importancia para Chile, América Latina y el Caribe y para Europa pero con proyección mundial como es la invasión de Ucrania por parte de Rusia. Todo ello teniendo como marco las grandes transformaciones que se están produciendo a nivel global, de las cuales está surgiendo un mundo nuevo que se proyecta como una nueva era en el desarrollo de la humanidad.

El título de la presenta obra, “Desafíos en un Mundo Incierto”, desea destacar que el examen de las relaciones internacionales analizados durante el reciente Ciclo de Conferencias se limitaron a los ámbitos mencionados y que, además, los aspectos considerados se refieren solamente a los estimados de relevancia por los respectivos autores.

En el caso de Chile, por ejemplo, se pueden destacar un planteamiento general sobre la política exterior, la consideración de las relaciones internacionales a la luz de las conclusiones en la elaboración de una nueva Constitución para el país donde se analiza, en particular, el concepto de plurinacionalidad, y la naturaleza y efectos del fallo favorable a nuestro país de la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el diferendo con Bolivia sobre el río Silala.

En el ámbito de América Latina y el Caribe, se presentan trabajos sobre dos temas claves para el futuro de la región: realidad y perspec-

tivas de la democracia y sobre las experiencias y perspectivas de la integración regional.

El tercer conjunto de temas se refieren a la invasión de Ucrania por parte de Rusia desde sus orígenes hasta transcurrido más de un año después y, en un plano más amplio, reflexiones sobre una nueva guerra fría.

Por otra parte, el carácter de incierto envuelve no solo a los temas examinados en esta obra sino que, además, al futuro de la evolución mundial, tal como se puede comprobar en el libro resultado del XV Ciclo de Conferencias denominado el “Surgimiento de un Mundo Nuevo”.

Conforme a nuestro método de trabajo, el Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, una vez elegido el objetivo principal que se perseguirá con el correspondiente Ciclo de Conferencias y los temas que se estiman cumplirán con el objetivo definido designa, entre los más calificados especialistas nacionales o extranjeros, un Invitado Especial que realizará la exposición principal. El Instituto concede a cada Invitado Especial la más amplia libertad académica para exponer sus puntos de vista sobre el tema respectivo. Una vez formulada la exposición se procede a un diálogo con los asistentes, presenciales o virtuales, con vistas a complementar o conocer otras visiones distintas del Invitado Especial. Finalmente, el expositor principal elabora un Artículo sobre la correspondiente Sesión y el Instituto procede a editar el libro con el conjunto de los Artículos recibidos de parte de cada uno de los Invitados Especiales.

El Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales reconoce y expresa sus mayores agradecimientos a cada uno de los Invitados Especiales y a los asistentes a las sesiones del Ciclo de Conferencias quienes han participado en este proceso y han entregado su inteligencia, conocimientos y esfuerzos que han hecho posible la realización del presente libro.

LA POLÍTICA EXTERIOR DE CHILE Y EL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EL RÍO SILALA

HERALDO MUÑOZ VALENZUELA

Ex Ministro de Relaciones Exteriores de Chile
Ex Embajador ante Naciones Unidas
Ex Subsecretario General de la ONU y Director Regional del PNUD
Magíster y Doctor en Relaciones Internacionales, Universidad de
Denver

Esta exposición examina dos aspectos relevantes de la política exterior de Chile. En primer lugar, se expone el escenario político global y como este afecta las prioridades de la política internacional de nuestro país y, posteriormente, aterriza en el caso del río Silala en la Corte Internacional de Justicia de La Haya y sus repercusiones vecinales. En otras palabras, se abordará el escenario global en el cual se enmarca la política exterior de Chile y, luego, el caso del río Silala.

El escenario global

Estamos frente a un escenario global sombrío, donde los retos y las miserias existentes presentan una visión más bien pesimista del futuro. Ha quedado atrás aquella afirmación sobre el “fin de la historia” de Francis Fukuyama donde visualizaba que, después del término de la guerra fría, los conflictos milenarios ideológicos cesarían y que seríamos testigos de la universalización de la economía de mercado y de la democracia liberal.

La realidad de hoy demuestra, evidentemente, que esa predicción no se cumplió, estando ahora ante más retos globales y regionales. Nos enfrentamos a conflictos de distinta naturaleza, algunos de corto alcance y otros de más largo aliento o de carácter estructural.

Partamos con lo más inmediato: la invasión rusa de Ucrania, una guerra en Europa en el siglo 21. Evidentemente, estamos ante una clara violación del derecho internacional, de la integridad territorial de Ucrania, y así lo ha denunciado el presidente Gabriel Boric en la Asamblea General de la ONU y así, también, lo ha condenado la propia Asamblea en una resolución. Lo que interesa para los efectos de esbozar el cuadro general es que la invasión ha tenido un impacto extraordinariamente negativo en la estabilidad del escenario internacional.

El impacto inmediato económico ya lo conocemos: la guerra ha provocado una mayor inflación, incremento del precio de los combustibles, escasez de alimentos por el corte de las rutas de exportación de esos graneros importantes como son Ucrania y la propia Rusia, y por las sanciones de Estados Unidos y la Unión Europea hacia Rusia. Esto se ha traducido en un abierto enfrentamiento entre Occidente, por un lado, y Rusia y sus aliados, por otro, como no se presentaba desde los tiempos de la Guerra Fría.

Surge entonces la pregunta: ¿estamos ante una nueva guerra fría? En cierta medida podríamos decir que sí: pero no la guerra fría que conocimos antes de la caída del muro de Berlín, donde el conflicto Este-Oeste alineaba a casi todos los países del mundo y no había alternativa. Sin embargo, eso no ocurrirá hoy en día, pues muchos países tienen márgenes de acción que no existían en tiempos del enfrentamiento de EEUU vs. la Unión Soviética. No tendremos esos alineamientos y este conflicto no cubrirá todo el globo.

Pero nada será igual después de la invasión rusa a Ucrania. Es difícil visualizar que se recompongan los lazos entre Estados Unidos y la Unión Europea, por un lado, y Rusia, por el otro. Recomponer esos lazos será una tarea compleja, pues la desconfianza mutua se exten-

derá por mucho tiempo. Eventualmente, la guerra terminará, pero quedarán cuestiones territoriales remanentes. Me atrevería a decir que Rusia ya perdió la guerra de Ucrania. No digo militarmente.

Rusia está perdiendo la guerra en términos políticos. ¿Por qué? Porque si el propósito de Rusia era impedir que Ucrania ingresara a la OTAN e impedir que terminará más cerca de Occidente, el resultado será contrario a lo que pretendía. En primer lugar, difícilmente Ucrania evolucionará a una posición neutral. Quizás no ingrese a la OTAN, pero ya pidió acceso a la Unión Europea y, sin duda, estará más cerca de Occidente después del término de la guerra de lo que estaba antes. Por lo tanto, Rusia pierde respecto a este objetivo. Segundo, antes de la invasión, la OTAN estaba de capa caída y ahora se ha visto fortalecida con la solicitud de ingreso de países anteriormente neutrales como Suecia y Finlandia. En tercer lugar, Alemania se ha rearmado y ha enviado suministros militares a Ucrania y el presupuesto militar germano ha aumentado de manera significativa. Cuarto, en Estados Unidos, si bien es cierto que hay una fuerte polarización política interna, prácticamente el único tema donde hay un acuerdo entre demócratas y republicanos es respecto a condenar la invasión rusa y apoyar a Ucrania. Nadie está con Rusia en EEUU, pese a la amistad del ex-presidente Trump con el presidente Putin.

Entonces, Rusia está perdiendo la guerra políticamente y comienza a sufrir los efectos económicos, aunque Moscú se ha mantenido económicamente por el incremento de los precios del petróleo y el gas. Es necesario tener en cuenta que la economía rusa es equivalente al tamaño de la economía del estado de Texas.

Este cuadro nos afecta, pese a estar a miles de kilómetros de distancia y lo vemos a diario. Sin embargo, esta es una crisis de corto plazo, no una crisis que podríamos considerar estructural, como sí es, en cambio, el conflicto entre Estados Unidos y China. Este último es el conflicto de la presente generación y, probablemente, marcará el escenario internacional durante los próximos 20 años, a lo menos.

Estados Unidos es, comparativamente en el tiempo, una potencia en declinación. La participación de la economía norteamericana en el producto global ha ido cayendo desde la segunda guerra mundial. La predicción que se hace es que hacia el 2030 China pasaría a ser la economía dominante, aunque EEUU es una economía con gran capacidad de reinversión y aún lidera en desarrollo tecnológico.

Actualmente, China es el país mayor exportador del mundo, el mayor país manufacturero, el país que produce más vehículos en el mundo. China tiene cuatro de los principales bancos en términos de capitalización a nivel mundial. Pero todavía no tiene la capacidad de liderar, como la tenía o la sigue manteniendo Estados Unidos, pese a que China, está expandiendo sus intereses económicos y políticos a nivel global.

Estamos ante una confrontación por la hegemonía global entre una potencia de status quo como Estados Unidos y una potencia ascendente, como es el caso de China. Esto ha sucedido muchas veces antes en la historia. Graham Allison, un investigador de Harvard, hizo un análisis de estos conflictos históricos donde se enfrentaban una potencia de status quo y una potencia ascendente. De los 16 conflictos que investigó a nivel global, 12 terminaron en guerra.

Esta pugna es, por tanto, una situación extremadamente peligrosa. Afortunadamente, no todas estas confrontaciones terminaron en guerra, como, por ejemplo, cuando, después de la Segunda Guerra Mundial, la potencia ascendente, Estados Unidos desafió y superó al Reino Unido, que era la potencia de status quo. Claro, otras desembocaron en guerra, como Atenas y Esparta.

Estamos frente a una situación extremadamente delicada. ¿Qué significa este escenario para un país como Chile? ¿qué hacer? La política exterior de Chile debiera apuntar a una “autonomía inteligente”. Chile no debe tomar partido en una confrontación global y tiene que velar por sus propios intereses. No es fácil, cuando los ejercicios bélicos en el Estrecho de Taiwán se multiplican; pero alinearse es renunciar a nuestros intereses nacionales.

Estados Unidos desde que reconoció diplomáticamente a China, a comienzos de los 70, ha reconocido el principio de una sola China. Sin embargo, otro de los principios de la política exterior estadounidense respecto a China es lo que se denomina la “ambigüedad estratégica” que significa que, si bien Estados Unidos reconoce una sola China, para el propósito de materializar una sola China, Washington no está dispuesto a aceptar el uso de la fuerza contra Taiwán. Por lo menos así lo ha dicho el presidente Joe Biden, expresando la disposición de su país a usar la fuerza si eso llegase a ocurrir. Ahí está entonces la ambigüedad estratégica por parte de Estados Unidos. El peligro en un momento en que Estados Unidos sigue tejiendo alianzas en la región Asia Pacífico, es elevar los niveles de tensión que, inescapablemente, afectan a quienes viven alejados de esas latitudes, siendo este el conflicto estratégico más importante que vamos a vivir durante las próximas décadas.

Otro conflicto o reto fundamental es el cambio climático. Estados Unidos ha sido azotado por incendios inéditos en California, las inundaciones han golpeado a China. En Chile ya van 10 años de sequía, y cada vez más vemos desastres naturales en todo el orbe porque no hemos sido capaces de controlar el incremento de la temperatura a los 2 grados Celsius o, idealmente, a 1,5. Vamos atrasados a la meta del Acuerdo de París de la COP21 y, probablemente, no cumpliremos el objetivo acordado hacia el 2030, lo cual es una amenaza planetaria. Chile es un país particularmente sensible a este fenómeno, pues exhibimos 8 de las 10 características de los países más vulnerables al cambio climático.

Y hay otras crisis o desafíos, incluyendo las pandemias. Se habla de un resurgimiento del Covid 19 en China. Los especialistas nos dicen que tenemos que acostumbrarnos a esta pandemia y a distintas variantes, y que vendrán o retornarán otras, como la gripe aviar. Por lo tanto, la capacidad de actuar de manera coordinada y preventiva frente a estos peligros es algo que Chile debe tener presente. Fuimos incapaces en América Latina de habernos puesto de acuerdo, por ejemplo, para comprar vacunas de manera conjunta, lo cual habría

abaratado los costos, y habría significado un hito de cooperación para beneficio de nuestros pueblos. En cambio, lo que sucedió fue la acción separada de cada país para enfrentar aisladamente la pandemia.

El crimen organizado transnacional es otra amenaza que ha crecido en numerosos países de la región. No se trata de un fenómeno solamente de América Latina, ni es tan solo el narcotráfico que lo caracteriza. Ahora el crimen organizado se dedica al secuestro, a la extorsión, la trata de personas, el cibercrimen. *Le Monde* hace algunas semanas dedicó una edición entera al crimen transnacional en Europa afirmando que el crimen organizado transnacional tiene una enorme plasticidad y, lamentablemente, los estados naciones son muy rígidos, no poseen la capacidad de adaptación para cooperar con flexibilidad y rapidez frente al crimen que traspasa fronteras. A menudo, la migración irregular, al escapar el control de las autoridades, aparece vinculada y utilizada por el crimen organizado.

Por último, en un plano diferente, es necesario considerar como uno de los fenómenos más complejos de los tiempos actuales la inteligencia artificial y la ciberseguridad. La inteligencia artificial y la era digital han traído consigo maravillas como la conectividad entre las personas para facilitar la educación, la salud, el conocimiento; pero, al mismo tiempo, plantea el tremendo riesgo de la pérdida de la privacidad de las personas, las fakenews, la desinformación.

El ciberespionaje amenaza la democracia, como ha ocurrido con el programa Pegasus de una empresa israelí que permite hackear los celulares, estén prendidos o apagados, y extraer fotos o conversaciones. Este programa se ha vendido a más de 40 gobiernos para espiar a opositores o periodistas independientes. Muchos gobiernos hoy tienen cibertropas, como es el caso de China, Rusia, Pakistán, India, Arabia Saudita y Venezuela, entre otros. Es decir, estamos frente a las guerras del futuro a través del hackeo y el ciberespionaje. Recientemente, se hackeó al estado mayor conjunto de las fuerzas armadas de

Chile, al ejército del Perú, a la agencia de seguridad nacional de México; una de cada dos empresas en América Latina en el último año han sufrido intentos de hackeo que, generalmente, terminan cuando la entidad afectada deposita dinero en alguna cuenta del hacker.

Pero quizás lo más grave es la pérdida de privacidad de las personas. La empresa Clearview de Estados Unidos anunció que el presente año 2023 tendrá la capacidad de almacenar 100 mil millones de fotografías de rostros de personas. Es decir, prácticamente todo ser humano estará en el banco de datos de esta empresa. ¿Qué significa todo para la viabilidad de los estados que no tienen capacidad de defensa de su infraestructura crítica?. Esto está sucediendo ahora y continuará profundizándose. Pegasus ha espiado al presidente de España, al presidente de Francia, al entonces primer ministro Boris Johnson del Reino Unido y alrededor de 14 jefes de estados o de gobierno de distintos países. Si esto le pasa a mandatarios de países desarrollados, ¿qué queda para las naciones en desarrollo y para nosotros, los ciudadanos comunes?

Ese es el cuadro global en que vivimos. Por eso afirmé que el panorama es sombrío, y seguirá siendo así si no actuamos, si no cooperamos y si no accedemos e invertimos en innovación y tecnología.

Una última observación sobre el entorno global: la economía internacional ya cambió; las materias primas baratas ya no son tan importantes, tampoco la mano de obra barata, e incluso el capital físico ha declinado. Lo que importa es el capital digital, la capacidad de innovación, los negocios creativos y las ideas. Ahí está la nueva fuente de riqueza. Por eso los países en desarrollo necesitan innovar pues también pueden desarrollar ciencia y tecnología. Si no lo hacemos estamos condenados a ser abastecedores de materias primas para quienes agreguen valor a los productos.

Significado para Chile

¿Qué significa todo esto para Chile? En primer lugar, nuestro país tiene que mantener los principios de una política exterior de Estado: entre otros, respeto a las normas del derecho internacional, la resolución pacífica de las controversias, el principio de soberanía condicionado por el respeto a la democracia y los derechos humanos. Estos principios tradicionales de la política exterior de Chile deben preservarse.

Chile siempre ha sido un país respetuoso del derecho internacional y ello por varias razones: somos un país abierto al mundo pero, principalmente, porque somos un país mediano/pequeño y la mejor defensa frente a los poderosos es la adhesión al derecho internacional. Las grandes potencias tienen la fuerza y pueden imponer sus intereses, pero los que no somos tan fuertes tenemos el derecho internacional de nuestro lado. Por eso importan el respeto a las normas del derecho internacional y la solución pacífica de las controversias, preferibles a cualquier conflicto.

La defensa de la democracia y de los derechos humanos en el ámbito multilateral es fundamental. Chile siempre ha sido un país que ha contribuido a desarrollar doctrina en materia de DDHH en los organismos internacionales y hoy es más necesario que nunca, porque el Estado de derecho está bajo ataque en muchos países como Venezuela y Nicaragua en nuestra región, o Hungría en Europa. La mejor manera de defender pacíficamente la democracia y los DDHH es apoyando a los organismos internacionales y colaborando con los países “like-minded” o de criterios coincidentes, tales como Canadá, Nueva Zelanda, Australia y muchos de los países de la Unión Europea que comparten principios con nosotros.

En tercer lugar, Chile debe continuar siendo un país abierto al mundo. No puede caer en la tentación proteccionista de Donald Trump. Valoro que el gobierno del presidente Gabriel Boric haya

depositado el TTPII en Nueva Zelanda para que, finalmente, seamos miembro pleno de un bloque al cual muchos desean pertenecer. Apareció en un momento que Chile, el principal promotor del TTPII, no quería ratificar su membresía retirándose, tal como lo hizo Estados Unidos con Trump. El Reino Unido ya está en negociaciones avanzadas para ingresar al TTPII; China ha pedido su adhesión, y en la fila están países asiáticos importantes como Corea del Sur, Indonesia, Tailandia y en nuestra región Costa Rica, Ecuador y Uruguay.

Chile debe seguir abierto al mundo, especialmente, desde una perspectiva verde, promoviendo la exportación de materias primas como hidrógeno verde y litio. Después de la pandemia, la comunidad internacional exigirá cada vez más productos verdes y en eso Chile tiene una ventaja potencial. Entonces, hay que continuar la apertura al mundo, pero con una perspectiva verde, una perspectiva sustentable, agregando valor a los productos exportados, que es lo que el TTPII permite mediante la acumulación de origen y el encadenamiento productivo entre los países del acuerdo. Porque el TTPII cambia las reglas de origen, con lo cual Chile podría importar materias primas de cualquiera de los países del TTP II y reexportar productos elaborados, virtualmente sin aranceles, a los integrantes del bloque.

En cuarto lugar, las relaciones vecinales son claves y es imperativo prestarles la mayor atención. Todo diplomático chileno sabe que nuestro país no puede estar en tensión con los tres países vecinos a la vez. Cuidar las relaciones vecinales es vital y no únicamente tratar de mantenerlas, sino que mejorarlas, de ser posible. Y si surgen controversias, resolverlas a través del diálogo diplomático o, si fuese necesario, a través de algún mecanismo de solución pacífica.

Más allá de los vecinos, existen problemas que requieren la cooperación regional para abordarlos. Por eso, es recomendable procurar un “regionalismo con realismo”. Para detener la migración irregular tenemos que ponernos de acuerdo con Perú, con Bolivia, pero también con Ecuador y Colombia, así como intentar abordar la

tragedia humanitaria de Venezuela que ha originado la migración de más de siete millones de habitantes de ese país hermano. Para resolver problemas como la migración y el crimen organizado transnacional necesitamos cooperación vecinal y regional, regionalismo con realismo, pues en materia de integración, lamentablemente, abunda la retórica, pero los logros son deficitarios.

Respecto al desafío global de la pugna hegemónica entre EEUU y China, Chile no debe tomar partido y debe velar por sus propios intereses, promoviendo equilibrios con miras a una autonomía inteligente. Esto no significa simplemente adoptar un estado de permanente neutralidad. En algunos momentos, si se trata de cuestiones que tienen que ver con democracia o con derechos humanos, deberíamos estar a favor del país que los promueve; si en otro caso, uno de esos países plantea el apego al derecho internacional contra intervenciones unilaterales o guerras comerciales, deberíamos estar con quienes promuevan las normas del derecho internacional y la Carta de la ONU. En algunos momentos, Chile tendrá que calibrar y tomar una opción, como fue, por ejemplo, cuando Chile le dijo que “no” a EEUU frente a la invasión de Irak. Habrá que evaluar los equilibrios de manera inteligente, como respecto al cable de fibra óptica hacia la región Asia-Pacífico.

En sexto lugar, tenemos que prepararnos para las guerras del futuro en la era cibernética: el hackeo, el ciberespionaje, la invasión de la privacidad. La académica de Harvard Shoshana Zuboff argumenta que estamos sometidos a un “capitalismo de vigilancia” donde las empresas de *big data* controlan la información, más importante que los medios de producción. La intrusión en nuestras vidas es inevitable, y el filósofo Byung-chul Han dice que estamos en el período de las “no cosas”; es decir, ya no importan las cosas concretas, sino que la información. Está cambiando el sentido de lo que constituye la verdad; más allá de las fakenews, la verdad se relativiza, pues está condicionada por la información que nos da la respectiva tribu. Por todo lo anterior, Chile debe legislar al respecto y preparar institucio-

alidad. Estamos atrasados en la protección de la privacidad, en la ciberseguridad. Ahí estarán las guerras del futuro.

Dos últimas prioridades. Chile puede liderar, pero en ciertos nichos donde interese y sea factible. ¿En qué podemos liderar? En océanos; Chile ya ha liderado, puesto que bajo la administración de la presidenta Michelle Bachelet me correspondió encabezar desde la Cancillería el establecimiento de áreas marinas protegidas. Llegamos a 1 millón 400 mil kilómetros cuadrados de áreas marinas protegidas de nuestro mar, de la zona económica exclusiva, que es tres veces mayor que nuestro territorio continental, y así nos transformamos en líderes a nivel mundial en esta materia. Y existen otros sectores donde podemos competir y liderar: astronomía, hidrógeno verde, Antártica. Por último, Chile ha sido reconocido como una “potencia conceptual”, que puede contribuir con ideas para lograr un mejor entorno regional y global.

El caso del río Silala en la Corte Internacional de Justicia

¿Qué significa el caso Silala en este contexto?

La controversia del Silala tuvo que ver con dos de los principios ya mencionados: el principio de respetar las normas del derecho internacional y la solución pacífica de las controversias; y, segundo, la atención prioritaria a nuestros intereses en relación con los países vecinos. En el Silala confluyeron estos dos intereses prioritarios.

¿Y, por qué Chile decide por primera vez en la historia a demandar a otro país en la Corte Internacional de Justicia, en este caso, por las aguas del río Silala?

Primero, para tener certeza jurídica al respecto. Segundo, porque estaba el contexto de la demanda marítima boliviana contra Chile, y el entonces presidente altiplánico Evo Morales, más encima, acusa a Chile de “robar” las aguas del río Silala. Tercero, Bolivia argumenta, a

diferencia del pasado, que el Silala es un manantial boliviano, no un río o un curso de agua internacional, supuestamente desviado artificialmente hacia Chile. Cuarto, Evo Morales anuncia que nos demandará en La Haya por el Silala; es decir, interpondrá una segunda demanda, porque en ese tiempo todavía estaba pendiente la demanda marítima boliviana contra Chile.

Entonces se configuraba un cuadro francamente muy complejo.

Chile hizo serio y silenciosamente su trabajo. Le pedí a la Dirección de Fronteras y Límites que hiciera un análisis de las posibilidades nuestras de demandar a Bolivia, si teníamos argumentos sólidos, y resulta que ya habíamos acumulado más de 20 años de información. ¿Por qué? Porque Bolivia había reconocido que el Silala era un río internacional, y cambia su versión el año 1999 cuando afirma, negando la evidencia histórica, que este río es un manantial boliviano desviado artificialmente a Chile. Frente a eso y frente a la grave acusación del presidente Morales de que Chile está robando las aguas, teníamos que actuar.

¿Qué hubiese pasado si nos quedamos de brazos cruzados y no hacemos nada? Reunida la información, decidimos contactar a los mejores hidrólogos, geólogos y abogados especialistas en recursos hídricos a nivel mundial. Algunos de ellos nos pidieron ir al Silala para verlo y realizar una primera evaluación. No era fácil porque, si éramos detectados, se podía desencadenar cualquier cosa de parte de Bolivia. Con la ayuda de Carabineros subimos al Silala con esos expertos.

Cuando nos reunimos en un hotel de Santiago, no en la Cancillería para no alertar a nadie y les pregunté a los expertos su opinión, unánimemente me respondieron que el Silala es un río internacional y ha sido así desde hace miles de años. “Uds. tienen un caso extraordinariamente sólido -dijo uno de ellos- si quieren demandar a Bolivia”. Al día siguiente fui a hablar con la presidenta Michelle Bachelet y ella me dio la autorización para interponer la demanda.

Cuando interpusimos la demanda, durante más de 24 horas el gobierno boliviano guardó silencio, pues no sabía lo que estaba pasando. Bolivia creía que estábamos anunciando la posibilidad de demandar, pero resulta que nuestra agente ya estaba en La Haya presentado la demanda. El gobierno de Morales no tuvo capacidad de reacción.

¿Y qué buscábamos? Lo primero que pedimos a la Corte fue que declarase que el Silala es un río internacional, un curso de agua internacional sometido al derecho internacional consuetudinario. Segundo, que, desde esa perspectiva del derecho internacional, corresponde un uso razonable y equitativo de esas aguas. Tercero, que correspondía un uso actual, porque en Chile esas aguas han sido y son utilizadas y del lado boliviano no existen actividades económicas. Cuarto, que Bolivia tiene la obligación de cooperar, ha estado violando esa obligación de cooperar, y debe prevenir cualquier daño a esos recursos hídricos compartidos.

En lo principal, la Corte estableció en su fallo del 2 de Diciembre de 2022 que, sin lugar a duda, el Silala es un curso de agua sometido al derecho internacional consuetudinario, y agregó que corresponde un uso razonable y equitativo de las aguas, que era lo que le pedía Chile. Y la Corte declaró que no hay diferencia entre un caudal natural o un caudal artificial, puesto que, igualmente, constituye un curso de agua internacional.

La Corte reconoció las peticiones de Chile porque Bolivia decidió aceptar los argumentos de Chile, y, en consecuencia, la Corte afirmó que había desaparecido la controversia. En definitiva, Bolivia se comprometió ante la Corte con los argumentos de nuestro país. Este fue un fallo extraordinariamente positivo para Chile y cerró la segunda controversia con Bolivia, que era una causa mucho más acotada, más de carácter técnico, que la demanda marítima, que también ganamos.

Conclusiones

La controversia del río Silala fue una controversia más limitada que el caso de la demanda marítima boliviana sobre obligación de negociar acceso soberano al mar, que sí era trascendental para nuestro país y para la jurisprudencia internacional. Ganamos la demanda marítima por los argumentos jurídicos sólidos que presentamos, de modo tal que los votos a favor nuestro superaron todos los cálculos previstos. Bolivia sufrió, en el caso de la demanda marítima, una derrota catastrófica, histórica. Bolivia podrá perseverar con su aspiración, pero no tiene posibilidad alguna de llevar este asunto a cortes y organismos internacionales, porque la CIJ de La Haya es el tribunal supremo del sistema internacional, y sus sentencias no admiten apelaciones.

¿Qué más significa el fallo de La Haya sobre el Silala? Importa destacar que permite la gobernanza de los recursos hídricos compartidos entre Chile y Bolivia. De hecho, a Bolivia le conviene respetar meticulosamente esta sentencia porque todos los otros recursos hídricos entre ambos países nacen en Chile. Es decir, Chile es el país aguas arriba y Bolivia es el país aguas abajo. Como país ribereño aguas abajo, a Bolivia le corresponde un uso razonable y equitativo de los recursos compartidos.

Ojalá las dos sentencias de la Corte abran un camino para el respeto al derecho internacional, para un diálogo vecinal que permita dejar atrás las controversias resueltas en La Haya y empezar a construir una relación de futuro con Bolivia. Hay mucho en juego y existe una hoja de ruta que se acordó en el gobierno pasado para abordar problemas de interés común.

Estos fallos constituyeron un hito histórico para pensar en un vínculo bilateral centrado en el futuro. Esto será gradual, porque el pasado siempre resurge; pero, con paciencia y coherencia, es posible construir una relación positiva entre Chile y Bolivia. Así debiera ser, porque seguiremos siendo países vecinos y eso implica invertir en

una relación no anclada en el pasado, sino mirando a lo que podemos hacer juntos. Chile, en definitiva, deberá continuar cultivando sus propias prioridades, que tienen que ver con los países vecinos, e ir más allá, porque nuestra política exterior se mueve en un mundo bastante más complejo del que nos habría gustado vivir.

CASO RÍO SILALA, CHILE ANTE LA CORTE DE LA HAYA

CAROLINA VALDIVIA TORRES

Ex Subsecretaria y Ministra (s) de Relaciones Exteriores
Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Introducción

Si bien el Silala es un río pequeño en comparación con otros ríos que hay en Latinoamérica, lo que pueda fallarse, en este caso por la Corte Internacional de Justicia, será muy relevante para la aplicación del derecho internacional y la claridad de las normas respecto de los recursos hídricos compartidos. Además, en el contexto político, este es un tema enmarcado en la desafiante relación bilateral entre Chile y Bolivia, donde se entrecruzan la historia, el pasado, la política interna y la política exterior, pero donde también tenemos el desafío de mirar al futuro y buscar cómo podemos seguir avanzando en la relación bilateral. Tengo la convicción de que el caso Silala puede servir de alguna forma para ese objetivo puesto que tenemos diversos recursos compartidos en la frontera común chileno-boliviana. En definitiva, tanto las relaciones bilaterales como el derecho internacional llaman a buscar aquella comunidad de intereses entre países vecinos.

Cronología del caso

A continuación, se presentará una cronología del caso Silala que es distinta a lo que se vio en el caso anterior entre Bolivia y Chile sobre la obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico.

En primer lugar, este es un caso que comienza en junio de 2016 con la solicitud de inicio de procedimiento presentada por Chile. Luego, se acuerda entre las partes un plazo de un año para presentar los respectivos escritos de memoria y de contra memoria. Así, en julio del 2017, Chile presentó su memoria un año y un par de meses más tarde, debido a una solicitud que hizo Bolivia y, en septiembre de 2018, se presenta la contra memoria boliviana, que incluyó una contra demanda en contra de Chile.

Siguiendo con el procedimiento habitual en la Corte Internacional de Justicia, en febrero del 2019, Chile presentó su réplica. En mayo, es decir, 3 meses después, se presentó la réplica de Bolivia y, finalmente, como Chile había sido contra demandado, se solicitó un escrito final conforme al estatuto de la Corte, que se presentó en septiembre del año 2019. Luego, hubo 2 años de paralización prácticamente del trabajo de la Corte debido a la pandemia y es así como, en octubre del año 2021, se notificó que los alegatos orales se realizarían en un formato híbrido, en abril de 2022. Por su parte, la Corte también solicitó, con plazo final enero del 2022, la presentación de un análisis escrito de nuestros técnicos y representantes científicos, pues este es un caso que tiene un componente científico muy relevante.

En abril del último año recién mencionado, durante 2 semanas, se llevaron adelante los alegatos orales en formato híbrido, considerando la vigencia del estado de pandemia. Hubo algunos jueces que estuvieron presentes de forma remota y otros presencialmente en la sala. Básicamente, siempre estuvo la presidente y el vicepresidente de la Corte. Así mismo, estuvieron presentes casi todos los abogados, salvo uno que alegó en formato virtual.

Luego está la etapa de deliberación en la cual los jueces analizan los antecedentes expuestos y deciden el fallo. El momento de entregar la sentencia depende enteramente de la Corte.

Elementos políticos y diplomáticos en la relación Chilena-Boliviana

Es fundamental conocer el escenario político con nuestro vecino. La relación bilateral chileno-boliviana es una relación desafiante por el contexto histórico, que siempre ha estado marcada por la guerra del pacífico de finales del siglo XIX, por la negociación y la firma del tratado de 1904 y por el hecho de carecer de relaciones diplomáticas desde 1962, salvo el breve período en que se restablecieron para dar lugar al proceso de Charaña, entre 1974 y 1978. Así mismo, la relación está también marcada por el proceso ante la Corte Internacional de Justicia por el caso de la obligación de negociar, el que se inició formalmente en 2013 y que llevó a que toda la relación bilateral estuviese supeditada a los efectos del juicio que concluyó con la sentencia del 1 de octubre de 2018.

Importante es señalar que a pesar de que no existan relaciones diplomáticas, igualmente la relación bilateral entre Chile y Bolivia es indispensable y bastante fluida, especialmente dados los múltiples temas que se tiene que tratar en conjunto.

Tras el fallo del caso de la obligación de negociar en octubre de 2018, la Cancillería estaba decidida a avanzar en la relación bilateral, para lo cual discretamente se fue construyendo puentes y así, a finales del año 2021, yo fui la primera autoridad política que viaja con una agenda política bilateral a La Paz después de más de 10 años.

Por otra parte, también es relevante entender por qué se decide demandar a Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia por el caso Silala. Cabe recordar que en 1999 Bolivia niega abruptamente, y por primera vez a lo largo de la relación bilateral, que el Silala fuese un

río internacional y reclama que esas aguas pertenecen enteramente a Bolivia y que habrían sido desviadas hacia territorio chileno producto de las canalizaciones realizadas en territorio boliviano en la década de 1920.

El desconocimiento al carácter internacional del Silala incluyó la determinación de que Chile no tendría derecho a ninguna utilización de esas aguas, abriéndose una diferencia entre Chile y Bolivia. Esta diferencia fue primeramente abordada en el mecanismo de consultas políticas, incluyéndose en la agenda de los 13 puntos que avanzó hacia la negociación de un preacuerdo en 2009 entre ambos países, pero que, finalmente, nunca llegó a concretarse, puesto que en último momento Bolivia exigió incluir el llamado pago de la deuda histórica.

Ya dentro del escenario del proceso judicial por el caso de la obligación de negociar, en marzo del año 2016, durante la celebración del día del mar, el entonces presidente Evo Morales anunció que Bolivia demandaría a Chile, ya que robaba las aguas del Silala. Posteriormente, el canciller David Choquehuanca anunció que Bolivia tardaría unos 2 años aproximadamente para iniciar un procedimiento judicial en contra de Chile. Es por este motivo concreto, y además, para poner fin a una controversia respecto de la cual no había sido posible arribar a una solución de común acuerdo por la vía política, que Chile decide demandar a Bolivia.

La demanda de Chile por el estatus del Río Silala

Chile decide poner en marcha este procedimiento ante la Corte, cuya base jurisdiccional fue el Pacto de Bogotá, con el objeto de aclarar tanto el estatus de las aguas del Silala así como sus usos. ¿Qué quiere decir esto? El estatus busca determinar si el Silala es o no un río internacional y, si es un río internacional, la utilización deben estar sujeta a las reglas de la utilización razonable y equitativa, en aplicación del derecho internacional consuetudinario.

CASO RÍO SILALA, CHILE ANTE LA CORTE DE LA HAYA

Es importante recordar que se habla del “sistema del río Silala” puesto que incluye aguas superficiales y subterráneas.

Este caso se estima que proveerá a las partes una oportunidad para desarrollar estrategias de cooperación en donde confluya una comunidad de intereses, en vez de estar sujetos a premisas jurídicas y científicas que no han llevado a ninguna parte. Se estima que casi después de 25 años merece la pena resolver la diferencia. Si no ha sido posible resolverla por la vía bilateral, el recurso ante la Corte Internacional de Justicia también otorga esta posibilidad. Además, la determinación de las normas que identifique la Corte y su aplicación a los ríos internacionales servirá para todos los acuíferos compartidos que se dispone con Bolivia en la zona del altiplano.

También es importante referirse a la relevancia del río Silala. El río Silala pertenece a la hoya hidrográfica del río Loa y a la cuenca del pacífico. Es un afluente del río Inacaliri que tributa al río San Pedro y a través del río Loa llega al mar en Chile.

El Silala se encuentra en la segunda región al interior de la comuna de Calama. Tiene sus nacientes en Bolivia, en los bofedales cajones orientales, en torno a los 22° de latitud sur y 68° de latitud oeste, a una altura superior a los 4.300 metros, en un anfiteatro de altas montañas que superan los 5 mil metros de altura.

El Silala cruza Chile a través de una quebrada, de una pendiente de entre 4 y 5 % de gravedad, que se ha formado durante al menos 8.400 años, por efecto de la fuerza de gravedad del agua. Solo puede fluir a territorio chileno y cuando entra a Chile su caudal en la frontera es de 170 litros por segundo en promedio.

En Chile, el Silala interactúa con varias otras fuentes de aguas subterráneas y gana un caudal adicional de unos 124 litros por segundo en promedio. Es un río pequeño que no tiene más de un metro de ancho aproximadamente y su cuenca es de 234 kilómetros cuadrados. Si bien el Silala es un río pequeño, su ubicación está en el desierto de Atacama, el desierto más árido del mundo, por lo tanto, transforma al

Silala en un recurso hídrico clave para el desarrollo de la región de Antofagasta.

Por más de un siglo las aguas del Silala han sido usadas para distintos propósitos, incluyendo el suministro de agua potable de la ciudad de Antofagasta y a los pueblos de Sierra Gorda y Baquedano. También han tenido empleo industrial. No obstante su pequeño tamaño tiene aguas de gran calidad y que han sido esenciales para el desarrollo de la región de Antofagasta, incluyendo usos humanos e industriales. Uno de estos usos fue el que realizó el ferrocarril de Antofagasta a La Paz, que está operativo desde finales de siglo XIX.

Además, como estuvo siempre indicado en distintos instrumentos y como lo demuestran las pruebas científicas, el Silala califica como un río internacional compartido entre Chile y Bolivia.

Cabe relevar el aspecto científico, porque este componente de este caso lo hace distinto a los otros casos que Chile ha visto ante la Corte Internacional de Justicia (delimitación marítima con el Perú y obligación de negociar un acceso al océano pacífico con Bolivia), que eran casos mucho más jurídicos, donde se analizaban los antecedentes y documentos diplomáticos y evidencias de esa naturaleza. En cambio, el Silala tiene un componente científico esencial, pues Chile ha basado su caso y ha presentado pruebas de carácter científico, contando con la asesoría de los hidrólogos y geólogos Howard Weather y Dennis Peach y del DICTUC de la Universidad Católica, liderado por el profesor José Muñoz y un equipo tremendamente profesional. Todos ellos fueron esenciales para el desarrollo de nuestro caso.

La ciencia ha sido un componente esencial de las pruebas que ha presentado Chile. Seguramente lo será también del fallo. Inclusive, es importante recordar que, durante los alegatos orales ante la Corte, se dedicó una sesión especial para el interrogatorio de los expertos de Chile y de Bolivia. Así mismo, en la etapa escrita se solicitó por la Corte una presentación especial, el llamado “written statement”, que

se presentó en enero de 2022 respecto de las coincidencias y las diferencias entre los científicos.

El interrogatorio en el caso de Chile tuvo 3 partes. Participó el ingeniero hidrólogo Howard Weather y el geólogo Dennis Peach quienes presentaron a la Corte toda la información referente a los estudios que llevaron a cabo respecto del Silala. Fueron estudios de la más variada índole, desde la geología, la geografía, la hidrología, estudios de evaporación, de contaminación, de efectos ambientales, etc. Ha sido uno de los ejes estructurantes de nuestro caso y, además, el objetivo dentro de los alegatos fue explicar de manera simple a la Corte los asuntos científicos y técnicos involucrados. El interrogatorio presentado fue una buena oportunidad para entender cómo de cierta información que se incorpora a un modelo matemático de hidrogeología se obtienen determinados resultados. Además, fue esencial la coincidencia entre ambos científicos, tanto los de Chile como los de Bolivia, en señalar que se está en presencia de un río internacional, pues las aguas fluyen naturalmente de Bolivia a Chile.

Por lo tanto, la petición principal de Chile es una cuestión que fue reconocida, inclusive por los expertos bolivianos, de que el Silala es un río internacional conforme a los estándares del derecho internacional público. Ello es así, puesto que las aguas fluyen superficial y subterráneamente de manera natural hacia nuestro territorio, dada las condiciones del terreno y la fuerza de gravedad, sin que las canalizaciones que existen en el lado boliviano del río Silala tengan un impacto significativo sobre la cantidad de agua que llega a nuestro país. Esto fue muy enfatizado por nuestros expertos.

Una pregunta bien importante y que Chile puso delante de la Corte, porque inclusive Bolivia ha tratado de evitarla, es la relevancia de obtener una sentencia. En este caso se está frente a una disputa abierta desde los años 90, que ha dividido a las partes y que Chile estima que es muy conveniente para los intereses de ambos países que sea finalmente resuelta. No obstante, Bolivia indica que es un caso prematuro, que una sentencia no tendría sentido, ya que Chile

igualmente seguirá recibiendo las aguas del Silala. Inclusive llegó a señalar que una sentencia podría agravar la relación bilateral o las tensiones entre las partes.

Pero Chile optó por mantener este caso ante la Corte, puesto que considera indispensable que exista una decisión que resuelva una disputa entre estados vecinos. La historia ha mostrado que no ha sido posible llegar a una solución en casi 25 años dado el desconocimiento de Bolivia a que el Silala si es un río internacional. Chile adhiere a la resolución 3283 de la Asamblea General sobre solución pacífica de disputas internacionales, la que se establece claramente que recurrir a una corte, a un tribunal, es una de las formas de solución pacífica de controversias.

Ha sido imposible, durante los años que Chile y Bolivia han conversado sobre este tema, llegar a un acuerdo consensuado y, por lo tanto, una sentencia servirá primeramente para resolver el estatus y los usos aplicables al Silala y, así mismo, servirá para fijar un conjunto de reglas aplicables al resto de los recursos hídricos compartidos entre Chile y Bolivia, siendo probablemente el más relevante o el más conocido el caso del río Lauca. El caso del Lauca es, además, distinto porque Chile es el estado en este caso aguas arriba y Bolivia es el estado aguas abajo.

Los argumentos de Chile en el caso Silala

Los argumentos de Chile han sido de carácter fáctico, jurídico y esencialmente, científicos.

Los argumentos fácticos. Como se ha señalado, hasta antes del año 1999 el estatus del río Silala fue pacífico: era un río internacional. Esta caracterización nunca fue disputada por Bolivia ni evidentemente por Chile. No obstante, de manera abrupta, el año 1999, sin tener ningún tipo de fundamentación científica, Bolivia señala que el Silala está compuesto por manantiales que nacen y mueren en territorio

boliviano y que si han llegado a nuestro país, ha sido a través de la desviación de esas aguas, mediante las canalizaciones realizadas sobre las aguas del río.

Este cambio abrupto de la posición boliviana derivó la presión que ejerció el Departamento del Potosí, donde está el Silala. Los habitantes del Departamento de Potosí indicaron que Chile tendría que pagar una compensación por el uso de esas aguas. Sin embargo, cabe recordar que por más de 100 años las partes han estado contestes en que el Silala fluía naturalmente desde Bolivia hacia Chile, existiendo amplia evidencia del reconocimiento de Bolivia al carácter internacional del Silala, incluyendo documentos, mapas y declaraciones explícitas de autoridades bolivianas.

Por ejemplo, el Silala está incluido en el mapa del tratado de 1904, el que muestra gráficamente que el Silala cruza de Bolivia a Chile. Así mismo, Bolivia participo en demarcaciones conjuntas y en actividades de revisión del área del Silala en 1906, 1924 e inclusive en 1992. Igualmente, en 1996, a través de una declaración pública del embajador boliviano Teodosio Ibaña, presidente de la Comisión Mixta de Límites Chileno-Boliviana, en la que se confirma que hay una inclinación del terreno establecida por los expertos, en una magnitud de un 30%, de modo que las cristalinas aguas del Silala siguen el curso hacia el territorio chileno debido a la fuerza de gravedad.

Así mismo, en tiempos modernos, las aguas del Silala han sido utilizadas mediante licencias otorgadas tanto en Bolivia como en Chile. En 1906 se otorgó una concesión para emplear las aguas del Silala por el gobierno chileno a la compañía de ferrocarriles de Antofagasta a Bolivia y en 1908 fue el propio gobierno boliviano el que otorgó a esta misma compañía una concesión para el uso de las aguas del Silala para la operación de las máquinas de vapor de las locomotoras del tren Antofagasta-Bolivia. Esta concesión fue finalmente terminada por Bolivia en el año 1997, coincidiendo posteriormente con la teoría de que son aguas de manantial que nacen y mueren en territorio boliviano y que llegan a Chile solo por desviaciones artificiales, teniendo

Chile así mismo, el deber de compensar a Bolivia por esta utilización. Esta pretensión rememora una doctrina muy antigua relativa a la propiedad de las aguas, pero que carece de sustento en las normas del derecho internacional actual.

Entre los años 2000 y 2010, Chile tuvo largas conversaciones con Bolivia con el objetivo de resolver esta disputa, pero estas terminaron abruptamente cuando Bolivia le solicita a Chile pagar por el empleo pasado de las aguas del Silala en territorio chileno, lo que se llamó la “deuda histórica”. El origen de la llamada deuda histórica se encuentra en ciertas promesas realizadas por el ex presidente Hugo Banzer en 1999 a las comunidades del Potosí, al anunciar que el gobierno boliviano recuperaría las aguas de los manantiales del Silala usurpadas por Chile y que el Potosí iba a ver ganancias importantes en un tiempo muy breve.

Un aspecto relevante en el que Chile también fue bastante enfático durante los alegatos, en manifestar que este reclamo, de que las aguas habían sido desviadas por Chile, nunca fue sustentado por análisis o instrumento científico alguno que tuviese la entidad suficiente para acreditar una alegación de esa envergadura. Al contrario, los primeros estudios científicos que se recibieron al respecto son aquellos presentados en el marco del caso del Silala los que, además, indican que las aguas del Silala fluyen a Chile por razones geográficas del terreno. Desde la perspectiva jurídica, Chile basó su caso en las reglas que se reflejan en la convención sobre los usos de recursos de aguas internacionales a fines distintos a la navegación adoptada en 1997 por las Naciones Unidas. Esta convención, de la cual ni Chile ni Bolivia son parte, codifica ciertos aspectos básicos del derecho internacional en esta área.

Conforme a las definiciones de esta convención, que codifica el derecho internacional consuetudinario así como las reglas que son aplicables, la lógica que sigue nuestro caso es bastante simple: si el Silala es un río internacional conforme a la definición que da esta convención, se aplican las reglas definidas en ella, particularmente

las incluidas en los artículos 5 a 7. El artículo 5 señala cuáles son las reglas fundamentales y que corresponden al uso razonable y equitativo. El artículo 6 establece los detalles de la utilización razonable y equitativos relevantes y el artículo 7 que establece una serie de obligaciones de debida diligencia para prevenir daños a los estados que sean aguas abajo, como es nuestro caso. Por otra parte, el artículo 8 de la convención refleja la voluntad de cooperar con respecto a la utilización y la protección de los recursos compartidos y, por supuesto, también esta cooperación tiene que reflejarse a través de las obligaciones del artículo 11 y 12, que son esencialmente las obligaciones de notificación y de consulta cuando se quieran hacer cambios a fin de no afectar a los estados que están aguas abajo.

Una de las tesis bolivianas incluidas en su contra demanda es que habría una distinción entre aguas naturales y flujos artificiales, respecto de los cuales Bolivia tendría derecho. Además, a este flujo artificial, señalaba en una primera versión de argumentación, no le serían aplicables las normas del uso razonable y equitativo.

Chile argumentó claramente que el derecho internacional aplicable a recursos hídricos compartidos no reconoce una distinción entre aguas o flujos naturales y flujos artificiales y que los principios de uso razonable y equitativo, la prevención de no causar daños significativos y la cooperación, se aplicarían a todas las aguas del sistema del río Silala sin distinción. Así mismo, Chile también demostró que los empleos históricos que Chile ha hecho del Silala han sido conformes al principio de uso razonable y equitativo. Por otro lado, nuestro país, por aplicación del derecho internacional, siempre ha reconocido el derecho de Bolivia a utilizar las aguas de Silala que estén en su territorio, conforme a este principio razonable y equitativo. Además, si bien hoy día Bolivia lo usa poco, si ha empleado las aguas del Silala lo que es demostrado por la concesión que otorgó a la compañía del ferrocarril sobre las aguas del Silala en su territorio. Si el día de mañana Bolivia quiere dar otros usos a estas aguas, evidentemente Chile no puede y en ningún caso se opondría, sino que aplicaría las normas del derecho razonable y equitativo y, evidentemente, todas

aquellas obligaciones propias del derecho internacional para los recursos hídricos compartidos.

Finalmente, otros de nuestros argumentos fueron los de carácter científico. Nuestros estudios geológicos y geomorfológicos concluyen que el río ha fluido desde lo que hoy es Bolivia a lo que hoy es Chile por al menos 8.400 años. Así mismo, en cuanto a sus usos, las aguas del río Silala, han posibilitado la existencia de vida humana, de pastoreo animal y de flora y de fauna salvaje por los últimos 1.500 años, porque se encontró evidencia arqueológica en las terrazas del río Silala.

Los argumentos de la contraparte boliviana

Recordemos que hasta el año 1999 el estatus del Silala como río internacional era un asunto pacífico. Era un río internacional, ya que fluía naturalmente de Bolivia a Chile y, por lo tanto, se aplicaban las reglas del derecho internacional consuetudinario. No obstante, hay un cambio en Bolivia en el año 1999 que se mantiene hasta el año 2016, en que se señala que el Silala no es un río internacional, que Bolivia tiene derecho a la utilización del 100% de sus aguas porque tiene soberanía sobre ellas, que Chile no tiene el derecho al uso razonable y equitativo de estas aguas y que, por tanto, Chile tiene que pagar retroactivamente por los usos pasados de las aguas del Silala.

Además, Bolivia señalaba, o sus escritos lo daban a entender, que no había ninguna obligación propia del derecho internacional consuetudinario de Bolivia para con Chile respecto a la utilización de las aguas del Silala como, por ejemplo, la de no causar daños significativos, entre otros.

Luego, ya en el marco del proceso ante la Corte, Bolivia en sus alegatos escritos cambia a su posición original, reconociendo que el Silala es un río internacional, pero señala que tiene derechos de soberanía, derechos exclusivos sobre una porción de las aguas del

Silala que la calculan entre un 11% y 33%. Este es el llamado flujo artificial, el que, además, no estaría sujeto a las reglas del uso razonable y equitativo.

No obstante, en los alegatos orales, Bolivia hace gala de un nuevo cambio de postura, señalando que no hay agua artificial y que Chile debe pagar por los beneficios que obtiene producto de las canalizaciones. De tal modo que, si Bolivia desea desarmar estas canalizaciones —a lo que Chile nunca se ha opuesto— porque son elementos que están dentro de su territorio, solamente tendría que notificarnos para no causarnos un daño significativo. Entonces, en tal caso, si Bolivia desea destruir las canalizaciones y Chile desea seguir contando con los beneficios de las aguas que llegan por estas canalizaciones, entonces, tiene que negociar con Bolivia para compensar a Bolivia por la mantención de esas canalizaciones. Además de ser un argumento poco factible, es doblemente hipotético.

Han habido cambios muy grandes en el caso de Bolivia y el Silala, tanto lo que pasaba hasta el año 1999, lo que pasó entre el año 99 y el año 2016, a lo que señalan sus alegatos escritos en el marco del proceso Silala donde dice que si es un río, pero no se tiene derecho a este flujo artificial, concepto que no reconoce el derecho internacional.

La verdad es que tampoco se está hablando de un flujo artificial, sino que se trata sobre si Chile quiere mantener los derechos o los beneficios que le brindan las aguas adicionales que llegan en virtud de las canalizaciones y Bolivia quiere desarmar estas canalizaciones, entonces habrá que negociar.

Conclusiones

El Silala es un río de carácter internacional, así lo muestra la evidencia histórica, jurídica y científica. Lamentablemente, y lo digo con pesar porque con la experiencia de haber ejercido como Subse-

cretaría de Relaciones Exteriores por casi cuatro años, constato que es muy difícil llegar a acuerdos en distintos ámbitos con nuestro vecino. Así, una sentencia que fije los principios aplicables a los recursos hídricos compartidos en la frontera común es indispensable. Ayudará a resolver el Silala y, además, asentará un conjunto de reglas que serán útiles.

¿Cuáles son las peticiones de Chile? Chile pide a la Corte de que juzgue y declare (primero) que el sistema del río Silala, incluyendo las partes subterráneas del sistema, es un curso de aguas internacional, cuyo uso se rige por el derecho internacional consuetudinario; (segundo) que Chile tiene derecho al uso razonable y equitativo de las aguas del río Silala, conforme al derecho internacional consuetudinario; (tercero) que bajo el estándar del uso razonable y equitativo, Chile tiene derecho al uso que actualmente hace de las aguas del río Silala; (cuarto) que Bolivia tiene la obligación de tomar todas las medidas pertinentes para prevenir y controlar la contaminación y otras formas de daño que puedan causarse a Chile, resultante de sus actividades en el río Silala; (quinto) que Bolivia tiene la obligación de cooperar y notificar oportunamente a Chile de las medidas que puedan tener efectos adversos sobre los recursos hídricos compartidos, intercambiar datos, información y conducir, cuando corresponda, una evaluación de impacto ambiental con el fin de permitir a Chile evaluar los posibles efectos de las medidas. Finalmente la Corte Internacional de Justicia en su fallo del 27 de enero de 2014, definió su posición en favor de los Puntos defendidos por Chile.

DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES EN LA PROPUESTA DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE HACIA UNA NUEVA CONSTITUCION PARA CHILE

CLAUDIO TRONCOSO REPETTO

Profesor de Derecho Internacional
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

Introducción¹

El presente trabajo examina, desde un punto de vista estrictamente académico, y por lo tanto, destacando luces y sombras, sobre la Propuesta Constitucional entregada el 4 de Julio de 2022 por la Convención Constituyente, en lo que se refiere al derecho internacional y a las relaciones internacionales. Es un examen crítico que, por su carácter académico, no pretende ni puede tener, ninguna implicancia respecto de la valoración política que se haga para el conjunto de dicha Propuesta.

Se comienza con la revisión de algunas disposiciones referidas a principios de política exterior que, en nuestra historia constitucional, se fueron construyendo a través del tiempo como principios compartidos de una política de Estado. Dentro de ellos, el respeto al derecho internacional y a los tratados, a los derechos humanos y a la cooperación internacional, han constituido la base de nuestra política exterior. En la Propuesta, estos principios se constitucionalizan en una formulación detallada, pues no solamente se mencionan, sino que se hace una enumeración muy extensa de ellos.

Se considerarán primero los que no generaron mayores discusiones y, luego, el análisis se centrará en los más controvertidos.

Disposiciones de la Propuesta referidas al derecho internacional

La Propuesta destaca que las relaciones internacionales de Chile, como expresión de su soberanía, se fundan en el respeto del derecho internacional, los principios de auto determinación de los pueblos, el multilateralismo, la solidaridad, la cooperación, la autonomía política y la igualdad jurídica de los Estados. También se habla de un compromiso de Chile en la promoción de la democracia, el reconocimiento y protección de los derechos humanos, de la inclusión y de la igualdad de género, la justicia social, el respeto a la naturaleza, de la paz, de la convivencia y solución pacífica de los conflictos, del reconocimiento, respeto y promoción de los derechos de los pueblos y naciones indígenas y tribales conforme al derecho internacional.

Es importante esta última mención, de que sea conforme al derecho internacional, para no extraer conclusiones de que se está dando a los instrumentos internacionales de los pueblos indígenas, una categoría distinta a la que tienen según el derecho internacional. Hay tratados internacionales que son instrumentos vinculantes y hay resoluciones internacionales que no tienen ese carácter. Cuando se dice que es conforme al derecho internacional se respeta esa diferencia.

Además, se señala que Chile se compromete al mantenimiento de América Latina como una zona de paz, libre de violencia y se impulsa la integración regional a través de la política social, cultural, económica y productiva entre los Estados.

Son principios mucho más detallados de lo que normalmente se expresan, pero no han generado mayor discusión por cuanto se trata de principios generales de política exterior que debieran entenderse como política de Estado.

Mayor debate ha generado la formulación del principio de derecho internacional de no intervención en los asuntos que son de jurisdicción interna de los Estados. Es un tema que tiene una gran carga política por cuanto, durante mucho tiempo, dictaduras de variado signo justificaron sus atrocidades y evitaron la supervisión internacional, invocando abusivamente este principio.

Si se examina como está formulado el principio en la Propuesta se aprecia que, aun cuando podría haberse formulado mejor, no limita la protección internacional de los derechos humanos y de la dignidad humana. Al menos desde 1945 se ha reconocido en forma indiscutida, que los derechos de las personas no son cuestiones propias de la jurisdicción solamente interna de los Estados sino que la comunidad internacional tiene el legítimo derecho de pronunciarse y preocuparse por la situación de los derechos humanos. En consecuencia, si la propuesta se lee en consonancia con la promoción y respeto de los derechos humanos, debe entenderse que el principio de no intervención en ningún caso puede servir a un régimen para impedir la supervisión internacional, el escrutinio y verificación de la situación de los derechos humanos.

Otro tema que ha generado cierta preocupación es que en una parte de la Propuesta se declara que América Latina y el Caribe constituyen zona prioritaria para sus relaciones internacionales. Al respecto, algunos han sostenido que esto implicaría la imposibilidad de Chile de sostener o extender sus relaciones con otras zonas del mundo.

A nuestro juicio, una zona prioritaria no significa una zona exclusiva, y no impide las relaciones que tiene Chile con otras regiones del mundo. Hoy tenemos intensas relaciones políticas, económicas, comerciales, entre otras, con Asia Pacífico, Europa, América del Norte y distintos bloques de países, y la declaración de zona prioritaria no las impide ni limita. Chile tiene mucho interés de mantener relaciones con todas las regiones del mundo y esa es nuestra estrategia de inserción internacional. La expresión de zona prioritaria es un reconocimiento de que estamos insertos en América Latina, y manifiesta

una cierta aspiración de que las relaciones de Chile tengan muy presente la necesidad de fortalecer la relación con los vecinos y la región en que habitamos.

Por último, lo que tal vez ha generado más discusión, es la última frase del artículo que señala, entre otras cosas, que Chile se compromete a facilitar el contacto y la cooperación transfronteriza de pueblos indígenas. Algunos han visto en esto un peligro para la unidad territorial del Estado. En mi opinión, la disposición debiera ser interpretada de manera acotada y no colocándola en conflicto con la integridad territorial del Estado o entender que debilita las fronteras internacionales del país. Al respecto, el artículo 32 del Convenio 169 de la OIT señala que los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medios internacionales, para facilitar los contactos y cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de sus fronteras, respetando la soberanía de los Estados.

En conclusión, respecto a estos tres puntos que han generado mayores discrepancias - la protección de los derechos humanos en relación al principio de no intervención, las relaciones con todas las regiones del mundo y la definición de América Latina y el Caribe como zona prioritaria, y la integridad territorial del Estado conjuntamente con facilitar el contacto y la cooperación fronteriza de los pueblos indígenas y tribales - consideramos que deben ser interpretados en consonancia con el conjunto de disposiciones y normas atinentes indicadas.

Los principios de política exterior que se convierten en política de Estado, son básicamente atribuciones de los órganos del Estado en materia internacional. Es un asunto que tradicionalmente, desde 1833 en adelante, se ha regulado en las instituciones chilenas como facultades del Presidente de la República, del Congreso Nacional y, eventualmente, del Tribunal Constitucional. La Propuesta señala, en el primer lugar de las atribuciones del Presidente de la República, la de cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes y los tratados internacionales, de acuerdo a su competencia.

Es interesante que se haga la diferenciación entre las leyes y los tratados. Un tratado internacional no es una ley y no debiera ser asimilado como ley. Luego está la atribución clásica del Presidente de la República de conducir las relaciones exteriores, nombrar y remover embajadores y jefes y jefas de misión diplomática. En este sentido se conservan disposiciones análogas a las de la constitución vigente.

En la Propuesta hay un problema que lamentablemente no superó la Comisión de Armonización, que surge en los artículos 287 y 289 referentes a la negociación, suscripción y ratificación de tratados. Existe una repetición innecesaria que debió corregirse: el artículo 287 letra b, coloca como atribuciones del presidente de la República, suscribir y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales, y el 289 dice que corresponde al presidente de la República la atribución de negociar, concluir, firmar y ratificar los tratados internacionales. Debíó existir una de las dos redacciones pero no ambas, y claramente hay una repetición innecesaria que no debió consignarse.

Respecto del resto de las normas que están en el artículo 289 en relación a la aprobación de los tratados por el Congreso, en primer lugar sorprende, desde el punto de vista formal, que estas atribuciones estén dentro de la esfera del poder ejecutivo, ya que se trata de atribuciones exclusivas del Congreso. En la actual constitución estas normas están en el artículo 54 número 1 y aquí están dentro de las atribuciones del presidente de la República en el artículo 289. Hay una falla de ubicación de esta disposición que no sabemos bien a que responde.

En la constitución vigente se señala que el Presidente debe someter al Congreso Nacional los tratados internacionales antes de su ratificación. No hay una disposición equivalente en la Propuesta. Sin embargo, se deduce que existe la misma obligación porque la Propuesta señala que en los casos en que los tratados internacionales se refieran a materias de ley, tienen que ser aprobados por el poder legislativo, y que no requerirían esta aprobación los tratados celebrados en cumplimiento de una ley. Hay problemas en la redacción

de estas disposiciones, pero claramente establecen que el Presidente tiene que enviar al Congreso los tratados internacionales para su aprobación, a menos que no se trate de materias de ley - que estarían dentro de la potestad reglamentaria - o que sean tratados celebrados en cumplimiento de una ley. Son disposiciones razonables que no constituyen novedad, como también es razonable la disposición que establece que se debe informar al poder legislativo de la celebración de tratados internacionales que no requieran la aprobación de dicho poder. Esto tiene importancia, porque si bien en Chile y en muchos países existen los tratados internacionales que no requieren aprobación parlamentaria - son los llamados tratados ejecutivos - es razonable que el Parlamento sepa que esos tratados van a ser tramitados sin ser sometidos a su aprobación.

Otra disposición que está en la constitución vigente y que fue bueno mantenerla en la Propuesta, es la que establece que el proceso de aprobación de un tratado se someterá en lo pertinente a los trámites de una ley. La expresión “en lo pertinente” es absolutamente clave, porque antes de introducir la norma, que se introdujo el año 2005, había una tendencia bastante extendida a homologar el tratado como una ley y darle la misma jerarquía de una ley. Eso generaba problemas, porque si una ley posterior derogaba el tratado, evidentemente el Estado incurría en responsabilidad internacional, porque los tratados deben primar sobre las leyes.

También se mantiene la disposición, que existe actualmente, que establece que el presidente de la República, cuando envía al Congreso el proyecto de acuerdo para la aprobación del tratado, deberá informar sobre el proceso de negociaciones, su contenido y sus alcances, y las reservas que se pretenda confirmar y formularle. Aquí, lo nuevo, es que también debe informar el proceso de negociación del tratado, y que se contempla la posibilidad del Congreso de Diputados y Diputadas de sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas de un tratado internacional en el curso de su aprobación, siempre que sean procedentes de acuerdo al derecho internacional. La diferencia con el proceso actual es que la sugerencia

de formulación de reservas interpretativas solo la va a poder hacer el Congreso de Diputados y Diputadas, no la Cámara de las Regiones. En la constitución vigente esta atribución la tiene el Congreso Nacional y, por lo tanto, podrían ser ambas Cámaras. En la Propuesta no se explica por qué, solamente se le da esa atribución al Congreso de Diputadas y Diputados y no se entiende la razón en virtud de la cual la Cámara de las Regiones no podría sugerir la formulación de una reserva, ya que, una vez aprobado el tratado, se remite a esta Cámara para su tramitación. En síntesis, los tratados van a tener tramitación en ambas Cámaras, pero solo el Congreso de Diputadas y Diputados podrá sugerir la formulación de reservas.

La Propuesta mantiene la disposición, actualmente existente, que establece que el ejecutivo no requerirá la aprobación del poder legislativo para los acuerdos que adopte en relación a un tratado, a menos que se trate de materias propias de ley. También se mantiene una disposición que faculta al Congreso para autorizar al presidente de la República a dictar decretos con fuerza de ley durante la vigencia de un tratado, dentro de las limitaciones que tienen constitucionalmente la dictación de estos decretos con fuerza de ley.

Una positiva innovación introduce la Propuesta al establecer que para la denuncia de un tratado, se requiere el acuerdo del poder legislativo cuando el tratado haya sido aprobado por dicho poder. En la actual constitución solamente se requiere la opinión del Congreso Nacional. Es un cambio que nos parece razonable: si el poder legislativo ha aprobado un tratado, que luego el presidente de la República tiene la intención de denunciar, es razonable que se pida no solamente su opinión sino el acuerdo previo del poder legislativo.

También se alude en la Propuesta a que serán públicos una serie de hechos que tengan relación con el tratado. El tema más complejo en esto, si se interpreta muy estrictamente, es relativo a las negociaciones del tratado. Si la publicidad debe incluir las negociaciones, y si esto se interpretara en términos muy amplios, la negociación de muchos tratados internacionales se haría imposible. En efecto, no solamente

tratados en materia fronteriza o tratados en materia comercial, sino que en muchas áreas, distintas fases requieren negociación reservada o secreta, aunque se hagan públicas después. En nuestra opinión, estas disposiciones hay que leerlas en concordancia con el artículo 167 número 4 de la Propuesta, que señala que solo la ley puede establecer reserva o secreto de la información pública por razones de seguridad del Estado o de interés nacional. Como la norma dice que serán públicos conforme a las reglas generales, debiera interpretarse que no hay una publicidad absoluta de todas las negociaciones, sino que podrá decretarse la reserva o secreto por razones de seguridad del Estado o interés nacional. De otra manera, se haría imposible la negociación internacional de temas sensibles.

Por último, hay dos disposiciones finales que son francamente extrañas y a nuestro juicio no debieran haberse contemplado. Probablemente, de esta manera se buscó simplificar y generar menos problemas que otras redacciones mucho más inaceptables que se habían presentado. Dicen relación fundamentalmente con los tratados de libre comercio y los tratados de inversión.

En la Convención había varios sectores que eran muy reacios a los tratados de libre comercio y a los tratados de protección de inversiones. Querían incorporar disposiciones completamente contrarias a la posibilidad de negociar este tipo de acuerdos, o ponerles condiciones muy estrictas. Al final quedó una disposición bastante menos compleja pero igualmente innecesaria, que establece que, al negociar los tratados internacionales de inversión o similares, la o el presidente de la República procurará que las instancias de resolución de controversias sean preferentemente permanentes, imparciales e independientes.

En realidad, es extraño colocar que las instancias sean imparciales e independientes. Todas las instancias de resolución de controversias contempladas hoy día en los tratados de libre comercio y en los de protección de inversiones, tienen ese carácter. Si lo que se quiere es limitar la intervención del Centro Internacional para la Resolución

de Disputas de Inversiones, la verdad es que no se justifica. Todos esos arbitrajes son imparciales e independientes. El Estado y las partes, los inversionistas, designan un árbitro cada uno y se elige un tercero de común acuerdo. Hay reglas de imparcialidad e independencia para el desarrollo de los arbitrajes, por lo tanto, la inclusión de los términos de imparciales e independientes, es francamente exótica.

Respecto a que las instancias sean preferentemente permanentes, pareciera indicar que se quisieran evitar los arbitrajes internacionales, ya que los tribunales arbitrales son de por si no permanentes. Las partes designan al tribunal arbitral de acuerdo a los procedimientos establecidos. En cambio, tribunales permanentes son aquellos como la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales en la Unión Europea, en fin, el Tribunal de Luxemburgo.

De alguna manera, se aligera la exigencia cuando se expresa que deban ser preferentemente permanentes, o sea, no exclusivamente. Aun así, es una disposición de la que discrepamos totalmente, por ser exótica e innecesaria, y porque puede complejizar y no favorecer el desarrollo de las relaciones económicas internacionales de Chile.

Finalmente hay una última disposición, en el artículo 287, que es completamente extraña y no tiene razón de ser. Establece que los y las habitantes del territorio que hayan cumplido 16 años, en el porcentaje y de acuerdo con los demás requisitos que defina la ley, tendrán iniciativa para solicitar al presidente de la República, la suscripción de tratados internacionales de derechos humanos. La ley definirá el plazo por cual el o la presidente de la República deberá dar respuesta a esta solicitud.

Estimamos que es una norma completamente innecesaria ya que, dentro del derecho de petición que garantiza a toda persona el artículo 76 de la propia Propuesta Constitucional, se señala que toda persona tiene derecho a presentar peticiones o reclamaciones ante cualquier autoridad del Estado, incluido el presidente de la Repú-

blica. Si está dentro del derecho de petición general de las personas, no tiene ningún sentido tener una disposición especial respecto de esta materia en este artículo.

Principales omisiones de la Propuesta

La propuesta tiene omisiones muy sensibles que la hacen muy defectuosa en materia de tratados internacionales. La omisión más grave, a nuestro juicio, es la norma que contempla actualmente el artículo 54, número 1, inciso 5 de la constitución vigente, que establece: “las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados, o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Esta es una disposición clave para entender la primacía de los tratados sobre las leyes y normas de inferior jerarquía en Chile. Significa que un tratado vigente no puede ser enmendado, suspendido o derogado sino en la forma prevista en el propio tratado, o de acuerdo a las reglas generales del derecho internacional, pero no por las disposiciones internas de los Estados. Es una norma que está en el derecho comparado y en iguales términos aparece en la constitución de España, y que fue muy celebrada y reconocida cuando se incorporó el año 2005 en la constitución chilena. Se entendió que con esto se daba por superado un debate jurisprudencial y doctrinario respecto a la jerarquía de los tratados en general en el orden jurídico interno, en el sentido de que los tratados prevalecen sobre las leyes. Pueden estar debajo de la constitución de acuerdo al principio de supremacía institucional, pero prevalecen sobre las leyes.

Cabe cuestionar por qué se omitió esta disposición en la Propuesta. No por olvido - fue discutida en la Convención - fue sencillamente porque no reunió los votos necesarios y hubo convencionales que no quisieron aprobarla. Se manifestó una tendencia a un “neo soberanismo” en esta materia, como el que antiguamente se expresaba respecto a los derechos humanos en ciertos sectores de la sociedad.

Eran contrarios a la suscripción de tratados de derechos humanos porque contenían instancias internacionales de supervisión y de tratamiento de este tema. Hoy día hay otros sectores de la sociedad chilena que no quieren consagrar estas disposiciones por otros motivos, no por los derechos humanos, sino por los tratados de libre comercio o los tratados comerciales, que han generado cierto recelo para estos sectores. Se niegan a consagrar algo tan evidente, como que los tratados internacionales tienen que prevalecer en el orden interno sobre las leyes y disposiciones de inferior jerarquía. En este sentido se negaron a aprobar, aunque estuvo en discusión en la Convención, una norma explícita que señalara que los tratados internacionales primaban sobre las leyes y normas de inferior jerarquía, norma que está en muchas constituciones del mundo. Se trata de una grave falencia de la Propuesta.

Otra omisión muy relevante, y que hay que destacar, es respecto a la ausencia del control preventivo de la constitucionalidad de los tratados internacionales. Es correcto, a nuestro juicio, que se haya eliminado el control preventivo de las leyes (especialmente de carácter sustantivo), porque se estaba transformando al Tribunal Constitucional en una verdadera tercera o cuarta Cámara, pero no debió haberse omitido una norma que le diera facultades a la Corte Constitucional para ejercer el control preventivo de la constitucionalidad de los tratados. Ese control, es la única forma de examinar si un tratado que el Estado va a ratificar, está o no conforme a la constitución. Debe hacerse de manera preventiva, antes de que el Estado exprese su consentimiento en obligarse por el tratado y de que sea ratificado, pues no es posible dejarlo sin efecto unilateralmente, a través de un control *ex post* de su constitucionalidad. Nada de eso se consagra en la disposición constitucional que se propone, lo cual es una sensible omisión de la Propuesta.

Otra omisión, aunque no tan grave como las anteriores, es que no se hayan incorporado en forma expresa al orden jurídico chileno, las normas del derecho internacional consuetudinario, de la costumbre internacional y los principios generales del derecho, como ocurre en

otras constituciones, como por ejemplo la alemana. Solo hay una incorporación especial, que valoramos, en materia de derechos humanos, pero no se incorporan expresamente al orden jurídico chileno las normas del derecho consuetudinario internacional la costumbre internacional y los principios generales del derecho. Se propuso hacerlo pero fue rechazado y no se explicaron las razones del rechazo.

Incorporaciones valiosas de la Propuesta

Estimamos importante destacar especialmente algunos de los contenidos de la Propuesta.

Primero, que respecto de la soberanía del Estado, se señala que reside en el pueblo, y reconoce como límite los derechos humanos, o sea, se mantiene la idea de que los derechos humanos son un límite del ejercicio de la soberanía. El artículo 5 de la Propuesta es un paso adelante, y muy positivo, por la recepción e integración del derecho internacional de los derechos humanos. Dice que los derechos y obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes, los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos, forman parte integral de esta constitución y gozan de rango constitucional.

Esto es muy importante, porque se dá por primera vez, en forma explícita, rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes. Y no solamente a los tratados de los derechos humanos, también al derecho consuetudinario internacional en materia de derechos humanos y a los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, que son fuentes del derecho internacional obligatorias y vinculantes.

Es valioso que se haya consagrado su incorporación al orden constitucional chileno, que se les haya dado rango constitucional. Pensamos que esto va a generar una serie de consecuencias, y que va a irradiar hacia otros campos, para poder interpretar las normas constitucionales. Es un aspecto positivo. Lo negativo, es que no se haya hecho la incorporación de las otras fuentes al ordenamiento jurídico chileno que no sean de derechos humanos.

Algunos han señalado que por aquí se podrían colar ciertas resoluciones internacionales que no tienen carácter vinculante, pero estimamos que eso hay que descartarlo. Cuando en el derecho internacional se habla de las tres grandes fuentes - los tratados, los principios generales del derecho y la costumbre - son fuentes vinculantes para el Estado, y por lo tanto, por acá no se podrían colar textos como declaraciones, guías prácticas, observaciones y otras resoluciones de organizaciones internacionales que no tienen este carácter.

En la propuesta se mencionan tratados e instrumentos sobre derechos humanos. La referencia a instrumentos internacionales ha generado la duda de que se pudiera entender por instrumentos cualquier fuente, también declaraciones no vinculantes. Discrepamos de esta interpretación. Diversos artículos de la Propuesta, 307, 309, 322 y otros, siempre se refieren a los tratados e instrumentos internacionales en que Chile es parte. Si se examina la definición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en cuanto a qué significa ser parte, se entiende que es un Estado que ha consentido obligarse por el tratado y respecto al cual el tratado es vinculante. Por lo tanto, creemos que habría que interpretar tratado e instrumentos como disposiciones análogas, o sea vinculantes. Es cierto que alguien podría hacer una interpretación distinta, pero creemos que el hecho de que la norma diga “de los que Chile es parte”, implica que tiene que ser un Tratado Internacional o un acuerdo internacional vinculante. Ningún país es parte de una resolución internacional, sea de la Asamblea General de las Naciones Unidas, o del Consejo de Seguridad o de otras instancias.

Otro aspecto interesante a valorar en la Propuesta es el referente a la ejecución de las sentencias.

Se dice que la sentencia dictada por tribunales internacionales de derechos humanos cuya jurisdicción sea reconocida por Chile, será cumplida por los tribunales de justicia conforme al procedimiento establecido por la ley, aun si contraviniera una sentencia firme. Aun cuando el lenguaje pudo haber sido distinto, lo que se quiere decir acá es que, en definitiva, las sentencias en materia de derechos humanos de, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueden ser cumplidas en Chile a pesar de que haya fallos ejecutoriados. Ha sido un gran problema a través del tiempo resolver como cumplir ciertas decisiones de la Corte Interamericana, frente a fallos definitivos, inapelables y ejecutoriados, y se han tenido que variar o buscar alternativas oblicuas para poder cumplirlos. Por lo tanto, la disposición en esta materia es un paso adelante, aunque deberá regularse por ley.

El territorio, los límites internacionales y otros temas que fueron objeto de debate

La Convención consideró otros temas que fueron debatidos con la intervención de varios profesores de derecho internacional. El debate evitó que se incluyeran disposiciones que podrían ocasionar consecuencias muy complejas y graves en nuestras relaciones internacionales.

En primer lugar, en una proposición que aludía al territorio de Chile, se intentó incorporar una norma sobre los límites de la Nación, que podría haber generado grandes problemas. La Constitución de 1833 había señalado los límites y esto ocasionó enormes dificultades durante gran parte del siglo XIX. En una reforma constitucional de 1888, el presidente Balmaceda y el Congreso sabiamente derogaron esa disposición. Ahora se pretendía resucitarla y colocar que la soberanía y la jurisdicción se ejercen sobre el territorio cuyos límites esta-

blecen la Constitución, las leyes y los Tratados Internacionales ratificados y vigentes en Chile.

Esta formulación ignoraba completamente que gran parte de los límites de Chile están definidos por laudos arbitrales y no por tratados internacionales, ni por leyes ni por la Constitución. Incluso el fallo de la Corte Internacional de Justicia que resolvió el diferendo marítimo con el Perú, se refirió al límite marítimo entre ambos países, y esa sentencia no es un tratado internacional. Afortunadamente dichas formulaciones y otros variantes por el estilo no quedaron en el texto definitivo de la Propuesta.

Otra batalla necesaria fue para impedir que se incorporara el término “maritorio”. Quizás este término pueda tener cierta base en la antropología o en otras disciplinas, pero claramente nunca ha sido parte del derecho internacional. De acuerdo con el derecho internacional el territorio del Estado puede ser territorio terrestre, territorio marítimo o territorio aéreo. El territorio como tal no tiene que ser solo terrestre. En determinados espacios marítimos los Estados ejercen distintas clases de jurisdicción: entre estos espacios marinos se puede mencionar al mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. En la primera definición de maritorio, se mezclaban todas estas zonas, lo que resultaba muy complejo para nuestra conformidad con las obligaciones internacionales en la materia. Finalmente, esto se logró detener, aunque quedó una mención al maritorio, pero sin definirlo. Se dice en la Propuesta que Chile es un país oceánico que reconoce la existencia del maritorio como una categoría jurídica que debe contar con una normativa específica, sin que se señale cuál es.

1. El presente Artículo se basa en una exposición realizada el 14 de Julio del año 2022 en el marco del XVI Ciclo de Conferencias del Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, de la Universidad Miguel de Cervantes.

LA PLURINACIONALIDAD: ES UN TEMA DE GEOPOLÍTICA Y PATRIA

JOSÉ RODRÍGUEZ ELIZONDO

Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales
Profesor Titular de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

El objetivo de esta presentación es plantear el tema que más debiera preocuparnos desde una mirada-país: la eventual plurinacionalidad de Chile, en el marco de la nueva Constitución en debate. Con mi equipo académico, lo asumimos como el más estratégico y, por tanto, el más grave antes del inicio de sesiones de la Convención Constituyente.

Si hay un tema complejo en el derecho, la ciencia política, la sociología, la antropología y la filosofía, es el de cómo nacen y se configuran las naciones. Hay bibliotecas, hemerotecas y cinematecas al respecto. Sin embargo, en los debates de la Convención no sólo se ha soslayado que nuestro Estado es, en singular, **la nación jurídicamente organizada**. Además se ha resuelto, por mayoría de votos, cuántos pueblos originarios serían naciones paralelas, con territorio, presupuesto, justicia y hasta política exterior propia.

Como antecedente político remoto están los aportes de Lenin sobre la autodeterminación de las naciones. En lo inmediato, está un libro del sociólogo boliviano Álvaro García Linera, de 2015, según el cual nuestros países latinoamericanos siguen colonizados, los pueblos originarios deben ser la fuerza motriz de nuevos estados plurinacionales, su

desarrollo tiene como modelo el “buen vivir” de los pueblos ancestrales y las constituciones nunca son de consenso. Esto supone rehacer la historia republicana, liquidando el legado de Bolívar, San Martín, O’Higgins y los otros proceres de la independencia. Volveré sobre sus tesis principales.

Con esos antecedentes y con la historia de la región a la vista, no era ni es difícil asumir que la plurinacionalidad nos “despotenciaría”. La clave de nuestra fortaleza republicana comparativa ha sido nuestra precoz configuración como estado-nación-unitario. Reemplazarlo por un Estado de varias naciones, necesariamente, introduce incentivos separatistas.

Lamentablemente, hasta el momento no hay oídos receptivos. La Convención ya aprobó un artículo que crea una oncenena de naciones, convirtiendo el Estado de Chile en Estado Plurinacional. Además, declara que podrían agregarse otras naciones mediante leyes simples. Pese a que allí predominan los abogados y hay intelectuales conocidos, se dio por asumido que la plurinacionalidad es, a lo más, “un tema en construcción”. Es decir, un tema sin precedentes y de rápido despacho.

Se ignoró, así, lo que todos los abogados aprendimos en nuestras facultades de Derecho: que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. En la Convención, en vez de privilegiar el debate sobre la plurinacionalidad, se ha privilegiado el debate sobre temas que, de una u otra manera, dependen de ella.

La experiencia ajena

¿De qué estábamos hablando? ¿Dónde queda la seriedad jurídica de nuestra nación chilena? ¿Estamos conscientes de que la plurinacionalidad cercena el poder de un Estado unitario con una configuración geopolítica compleja? ¿Estamos dispuestos a que una mayoría ocasional socave la construcción histórica de Chile?

Lo pregunto porque la impavidez ambiente sugiere que aquí ignoramos la relación directa entre el poder internacional *-soft o hard-* y la unidad esencial de los Estados. Y esto en un contexto de problemas vigentes. Baste decir que mientras el vicepresidente de Bolivia nos endosaba sus tesis sobre la plurinacionalidad, su presidente nos estaba demandando ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) para que se nos obligara a negociar una salida soberana al mar.

En nuestro mundo globalizado -hoy más que ayer- los gobiernos con pensamiento diplomático y geopolítico activos saben lo que son las fronteras porosas, los núcleos de cohesión y la importancia de mantener la continuidad geográfica. También saben que la unidad geopolítica se rompe por implosión, como en el caso de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) o por guerra, como lo estamos viendo en Ucrania. Su invasión por parte de Rusia -precursora y sucesora de la URSS- tuvo como base ideológica y estratégica la existencia de un pueblo ruso dentro de Ucrania y la convicción de Vladimir Putin de que la nacionalidad rusa debe prevalecer sobre la ucraniana.

Además de la URSS y Ucrania, cabe recordar lo sucedido con la Yugoslavia plurinacional de Tito y su deriva hacia la cruenta guerra de los Balcanes, de la cual emergieron varias naciones con sus Estados respectivos. También está el caso de Checoslovaquia, dividida en dos Estados nacionales después de la implosión de la Unión Soviética. Incluso en la España de las Autonomías, no ha cesado la tensión separatista de sus pueblos mayores, como es el caso actual de Cataluña.

Por cierto, existen Estados con naciones internas estructuradas pacíficamente, pero nada indica que sea el modelo óptimo o deseable para Chile. Son hechos culturales establecidos. Visto así el tema, lo que está sucediendo en Chile es de una excepcionalidad enorme: estaríamos debilitando el Estado unitario no por implosión o explosión, sino por la conversión de pueblos originarios en naciones y la adición de éstas al Estado por mayoría de votos.

Como digresión, no sería exacto decir que el formato asambleario sea fruto de un proceso exento de violencia. Si retrocedemos al 18 de octubre de 2019, reconoceremos que fue esa violencia iniciática -una “revuelta”- la que catalizó este proceso. Por lo dicho, lo que debiéramos discutir, a esta altura, es si aceptamos democráticamente en el plebiscito de salida, una Constitución que refunde Chile vía plurinacionalización.

Dañada diplomacia

Como era inevitable, esta rara excepcionalidad nos tiene bajo observación internacional. Pude experimentarlo el pasado lunes, entrevistado vía *zoom* por una conocida periodista boliviana. Ella comenzó aludiendo a la ventaja que nos dio nuestro precoz estado portaliano y yo le dije que estaba de acuerdo. Los bolivianos cultos saben que esa circunstancia nos permitió un cierto liderazgo sociopolítico, aunque no éramos una de las repúblicas independizadas de mayor importancia comparativa. Exótico les parece este intento nuestro de dispararnos a los pies.

Rareza dentro de la rareza: si no se ha discutido el tema mismo de la plurinacionalidad, menos se está discutiendo lo que significaría para nuestra diplomacia. No se percibe su impacto eventual en una política exterior que, después de una guerra victoriosa, ha sido ejercida, según el historiador Mario Góngora, por funcionarios y por las fuerzas armadas. Duro juicio pero plausible, pues refleja la subordinación de los diplomáticos a los abogados litigantes, en casos de conflicto, por déficit de profesionalización negociadora. Es un tema que he tratado mucho en otros trabajos y que explica por qué pudimos mutar las treguas en paz, pero no pudimos mutar la paz en amistad y debimos poner el énfasis en la supuesta intangibilidad de los tratados. Creo que un Chile plurinacional estaría aún en peores condiciones para apoyarse en los tratados como bases de una política

exterior activa, que termine de cicatrizar viejas heridas y permita negociar los nuevos conflictos territoriales, marítimos y antárticos con nuestros tres vecinos.

Además, mientras los convencionales debaten temas que nos debilitan, las controversias y conflictos internacionales no cesan. Como ejemplo inmediato, cuando muchos creían -incluso diplomáticos veteranos- que el rotundo fallo negativo para Bolivia en su demanda sobre negociación marítima liquidaba su pretensión contra Chile, Evo Morales comenzaba a implementar su estrategia *Runasur*. Es decir, su proyecto para instalar una franja aymara con mar incorporado, entre el Perú y Chile, en connivencia con el presidente peruano Pedro Castillo. Agregó que esa audaz iniciativa fue denunciada por diplomáticos peruanos *top* y un sector de congresistas inició un proceso a Castillo por “traición a la patria”.

A mayor abundamiento, tenemos también un problema duro con la Venezuela de Nicolás Maduro. Este vecino prometió un desquite contra Chile, cuando el ex presidente Sebastián Piñera tomó la iniciativa, poco estudiada, de liderar la eventual caída de su dictadura. Diosdado Cabello, el segundo al mando en Venezuela, dijo claramente que el “estallido” del 18-O fue parte de “un huracán bolivariano”.

La teoría de fondo

La plurinacionalidad es el componente principal de un proyecto neorrevolucionario que, como tal, obedece al principio marxiano “sin teoría revolucionaria no hay acción revolucionaria”.

¿Cuál es, entonces, la teoría tras la revolucionaria plurinacionalidad?

Hay antecedentes remotos. Con otros nombres y con base en que ni el capital ni los obreros tienen patria, los clásicos del marxismo-leninismo consideraban que lo plurinacional era un factor funcional al

interés del proletariado. Para Lenin consistía en “Estados abigarrados”, cuyas naciones internas podían autodeterminarse revolucionariamente y ser Estados independientes. Stalin hablaba de las circunstancias “de clase” que determinaban el tránsito entre la “ofuscación nacionalista” y el “internacionalismo proletario.”

Hoy, con la economía posindustrial, la implosión de la URSS, el fracaso del castrismo y China compitiendo con los instrumentos del mercado, el proletariado dejó de ser la vanguardia revolucionaria ortodoxa. Sobre esa realidad, los teóricos antisistémicos de la región han producido “revisionismos” rústicos, en busca de una base social de reemplazo. Entre tales revisionismos destacan el chavismo y el indigenismo, con acciones políticas y de fuerza más cercanas a las distopías que a una heterodoxia sofisticada.

A mi juicio, la primera intuición teórica en esta línea corresponde al coronel exgolpista Hugo Chávez. Antes de asumir la Presidencia de Venezuela, en 1999, decidió que el primer deber de un revolucionario socialista era terminar con las constituciones de impronta democrático-liberal, levantar una a su conveniencia y hacerlo antes de que la opinión pública recapacitara. Lo dijo en su juramento de toma de posesión: “Juro por esta moribunda Constitución”. Sobre esa base, superó al castrismo inspirador, instalando una suerte de revolución sometida a elecciones, pero con reseguro militar. Es decir, elecciones con alternancia bloqueada.

La segunda intuición corresponde a Evo Morales y a su vocación de poder vitalicio. Fallecidos en el poder tanto Castro como Chávez, desacreditado Maduro, empecinados en dura lucha interna los peronistas Alberto y Cristina Fernández y con Luis Arce como presidente incumbente de Bolivia, Morales se está asumiendo como el líder regional de reemplazo.

Para ese efecto, sus asesores, encabezados por su exvicepresidente García Linera, le elaboraron una teorización más prolija que las de Castro y Chávez. En ella, como ya lo mencioné, los indígenas emergen como la nueva fuerza motriz de una nueva revolución conti-

mental. Para evitar sospechas de “interpretacionismo”, leo las siguientes 6 tesis del libro *Comunidad, Socialismo y Estado Plurinacional*, de García Linera, publicado y presentado por el autor en nuestra Universidad de Chile el 2.7.2015, mientras era vicepresidente y su presidente Morales nos demandaba en La Haya:

- 1.- En el Estado Plurinacional los indígenas son la fuerza motriz del bloque de poder histórico.
- 2.- Ninguna Constitución fue de consenso.
- 3.- El socialismo es el tránsito en un escenario de guerra social total.
- 4.- A partir de nuestra “indianidad” somos capaces de construir un tipo de desarrollo satisfactorio.
- 5.- Tenemos que mirarnos como continente y no como país.
- 6.- Pensar en decisiones de carácter continental obligatoriamente pasa por la resolución del tema marítimo.

Como puede observarse, en estas tesis brilla un oxímoron, pues su continentalidad depende de un objetivo nacional: la previa “resolución del tema marítimo” para Bolivia, que ha sido el lema, promesa y estrategia presidencial de Morales. Es lo que explica su Constitución Plurinacional de 2009, que desconoce el tratado chileno-boliviano de 1904, y su proyecto *Runasur*, orientado a terminar con la continuidad geográfica chileno-peruana, reventando el tratado de 1929.

Por lo expresado, fue natural -aunque un poco torpe- que tanto Morales como Luis Arce, el actual presidente boliviano, felicitaran efusivamente a los convencionales chilenos que aprobaron la plurinacionalidad en el pleno. Mostrándose como los primeros en alegrarse por una medida que puede despotenciarnos, desautorizaron a quienes invocaban como inspiradores a politólogos, sociólogos y antropólogos del mundo desarrollado.

Como digresión, los chilenos sabemos que hay expertos de países desarrollados que favorecen los experimentos en país ajeno. Para ellos hemos sido un laboratorio interesante con Frei Montalva, Salvador Allende y Augusto Pinochet. Hoy seguimos siendo un laboratorio con la plurinacionalidad eventual. Sospecho que ignoran la realidad histórica y demográfica de Chile, subestiman la importancia sociopolítica del mestizaje y soslayan que aquí la plurinacionalidad sería una suerte de trasplante sin causa. A la inversa de países como

Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, cuyos pueblos indígenas superan el 50% de la población total, aquí equivalen a menos del 13 %.

Aún tenemos patria

Cuando era joven, el sentimiento patrio estaba internalizado y éramos más bien pudorosos en cuanto al respeto a los símbolos nacionales. Hablo en pretérito porque hoy me asombra la desvalorización del sentimiento nacional. Cualquier grupo identitario maltrata la bandera y el respeto a nuestros símbolos parece ser cosa de militares y de políticos chauvinistas.

Esta nueva onda, me parece, está intrínsecamente vinculada a la ideología de la plurinacionalidad. Para abonar la idea de las varias naciones dentro del Estado, había que desvalorizar la idea de la nación chilena unida y de sus representaciones históricas.

Por eso de aprobarse en el plebiscito de salida una propuesta con la plurinacionalidad como núcleo jurídico-ideológico, los chilenos estaremos ante una opción dramática: sostener nuestro Estado Democrático de Derecho como plataforma para un desarrollo social más equitativo o apostar al fin de la República de Chile en aras de un proyecto ideológico minoritario.

Para optar bien, en ese contexto, se requiere superar aquello que el Libertador Simón Bolívar definía como “frialdad en el amor a la patria”. Esto es, se requiere pensar con libertad y en el interés superior de Chile.

PLURINACIONALIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL

SAMUEL FERNÁNDEZ ILLANES

Profesor Titular UCEN, UNAB y Academia Diplomática
Ex Presidente Comités Jurídicos OMPI, FAO y UNESCO.

Ex Embajador
Magister en Derecho (UCEN). Abogado (UC)

Este trabajo no pretende, de ninguna manera, abarcar todos los aspectos involucrados, ya que sería prácticamente imposible y pretencioso. Sin embargo, sí busca analizar el concepto de plurinacionalidad dentro del marco del Derecho Internacional y los derechos humanos, así como sus instrumentos más representativos. La plurinacionalidad constituye una de las definiciones centrales de la nueva Propuesta Constitucional, estando estrechamente vinculada a ellos y algunos de ellos incluso elevados al rango constitucional. Es importante tener presente, ante todo, la importancia que asignamos al Derecho Internacional en nuestro proyecto marco.

Como es conocido, desde el Preámbulo y Disposiciones Generales, se define que Chile: “es un Estado social y democrático de derecho”. Añadiendo: “Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico”, con “relación indisoluble con la naturaleza” (Art. 1.). El Artículo 2, precisa: “La soberanía reside en el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones”. Se reemplaza así el actual Artículo 3, que establece: “El Estado de Chile es unitario”, como fuere invariablemente calificado en las Constituciones de 1823, 1833, 1925, Acta Constitucional de 1976, y Constitución de 1980 y sus reformas. Es un cambio sustancial, que facilita el que coexistan distintas soberanías. No

obstante, el Artículo 3, señala que Chile: “forma un territorio único e indivisible”.

Lo que no varía de forma significativa, es la escasa priorización del Derecho Internacional en sus textos, a pesar de que todos los gobiernos le han enfatizado como una constante de nuestra política exterior. La Constitución actual, pese a sus numerosas reformas, solamente lo cita en dos oportunidades: en los tratados y sus reservas (Art. 54-1,3), y en su derogación (art. 54-1). No hay mención alguna a otras fuentes de este derecho, ni a su vigencia generalizada. Tampoco la actual Propuesta lo hace y únicamente lo menciona a propósito de las relaciones internacionales fundadas en “el respeto al derecho internacional”, en concordancia con otros principios como: autodeterminación, no intervención, solidaridad, cooperación, igualdad jurídica (Art. 1); democracia, derechos humanos, paridad de género, naturaleza, paz, solución pacífica de conflictos, naciones indígenas y tribales, “conforme al derecho internacional” (Art. 14-2). Por su parte, el Congreso de Diputadas y Diputados, puede sugerir reservas, según el tratado o “normas generales del derecho internacional” (Art. 289-6). No hay más alusiones a este derecho. Eso sí, se les otorga rango constitucional a los derechos humanos (Art. 15-1); la persona (Art. 17); el crimen de agresión (Art. 24); la igualdad de género (Art. 25); a las niñas, niños y adolescentes, y la discapacidad (Art. 28); a los mayores (Art. 33); al ambiente ecológico (Art. 104); la detención (Art. 111-1); la naturaleza (Art. 148); y a la participación indígena y el Convenio 169 de la OIT (Art. 28 transitorio). En definitiva, se hace una priorización selectiva de estos principios generales del derecho internacional. Tampoco el proyecto menciona otras fuentes reconocidas.

En consecuencia, la reiterada sujeción de Chile al derecho internacional permanece sin estar reflejada y destacada en nuestras Constituciones pasadas, como en la ahora propuesta. Así mismo, no hay referencia a su relación con el derecho nacional, ni cuál prima en caso de contradicción. Al respecto, es necesario puntualizar, que el Derecho Internacional, en todas sus calificaciones, se impone por sí mismo y no requiere la aceptación expresa de las legislaciones inter-

nas, ni de sus Constituciones, para ser obligatorio. Al contrario, no se pueden invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, ni de ninguna otra fuente de este derecho, tal y como sin distinciones, lo expresa la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Art. 27), considerada norma general sin excepciones. Situación similar encontramos en la mención selectiva de algunos de sus principios tradicionales, dándoles una primacía legal interna solamente a algunos y, por tanto, subordinando los demás. Ambas situaciones no son precedentes, pues el derecho internacional y las normas de convivencia mundial, son un todo armónico e indisoluble. Si así no fuere, los Estados podrían únicamente obligarse por el derecho que más le conviene, haciendo imposible su aplicación universal.

En relación directa con la plurinacionalidad, el Artículo 5, 1, de la Propuesta, reconoce: “la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado”, y cita once pueblos originarios, pudiendo añadirse otros. El pueblo “chileno” no figura. El N°3 reconoce el deber del Estado de respetar, promover, proteger y garantizar: “el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la Estructura del Estado, sus órganos e instituciones.” El Art. 7, reconoce la conformación de entidades territoriales y territorios especiales “preservando la unidad del Estado”; el Art. 12, consagra un Estado plurilingüe; el Art. 13-2, reconoce los emblemas de “pueblos y naciones indígenas”; el Art. 14-3, “facilita el contacto y la cooperación transfronteriza entre pueblos indígenas”; el Art. 25, prohíbe la discriminación de la “pertenencia a un pueblo y nación indígena y tribal”; el Art. 34, reconoce que “en virtud de la libre determinación, tienen derecho al pleno ejercicio de sus derechos colectivos e individuales”, en especial, la autonomía, cultura propia, identidad, cosmovisión, patrimonio, lengua, reconocimiento, protección, jurisdicción, autoridades propias tradicionales, y participar “si

así lo desean”, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Un punto particular a tener en cuenta, pues autoriza la existencia de comunidades no integradas al Estado, o que lo hacen según su voluntad. ¿Y si no lo desean, nos fraccionamos?.

Las normas brevemente citadas, establecen la facultad de tener un ordenamiento jurídico propio a los pueblos indígenas y tribales, diferente al del resto del país, si así lo implementan, o “si lo desean”, y que podrían entrar en oposición con otros, por innumerables razones, o por mera voluntad. En definitiva, consigna la existencia de estados segregados dentro del Estado Chileno, según el Principio de la Autodeterminación. Estas disposiciones hacen recordar los casi cuarenta años en que Las Naciones Unidas sancionó a Sudáfrica y condenó toda forma de segregación (Apartheid), hasta superarla y prohibirla. Ahora, estaríamos ante otro tipo de segregación, donde los segregados podrían ser los considerados chilenos no originarios. Un tema que ciertamente requiere de mayor precisión legislativa, y de consecuencias legales muy amplias.

Hay que tener presente, además, que la Propuesta Constitucional en su Art. 14-2, compromete: “el respeto y promoción de los derechos de los pueblos y naciones indígenas y tribales conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, y les otorga rango constitucional, como se anotara precedentemente. Disposición que nos vincula necesariamente con esta disciplina especializada, su evolución, reconocimiento y vigencia actual. Resulta innecesario profundizar detalladamente este punto, pues nos desviaría del tema analizado. Sin embargo, debemos aludir a aquellos instrumentos internacionales más importantes y vigentes que los sustentan.

Desde la Declaración Universal (1948), que como tal, únicamente tuvo la fuerza obligatoria de una recomendación, demostrada en las ocho abstenciones al adoptarse, para pasar a ser consagradas posteriormente en Tratados Multilaterales, como son los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos; y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), esta vez obligatorios para sus Estados

Parte. Progreso que ha continuado, incorporando varias normas de la Declaración y de los Pactos, a la categoría superior de “*Ius Cogens*”, o norma imperativa de derecho internacional general, si fuere aceptada y reconocida por la comunidad de Estados en su conjunto, y que no admite prueba en contrario, cumpliendo los requisitos de los Artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), de aplicación universal. Han alcanzado tal categoría entre otros, los crímenes de: genocidio, lesa humanidad, piratería, esclavitud, prostitución, terrorismo; o principios como, libre determinación de los pueblos, integridad territorial de los Estados, prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, deber de solucionar pacíficamente las controversias, igualdad jurídica, derecho a la vida, prohibición de la tortura y tratos inhumanos, crueles o degradantes, la agresión, así como muchos otros que paulatinamente los integran. Sin duda, representan la más significativa evolución del Derecho Internacional.

Evolución que prosigue, y se ha visto reiterada en algunas de las principales resoluciones de las Naciones Unidas, unánimemente aceptadas como obligatorias, y que podemos relacionar con el tema analizado. Es el caso de la Resolución 1514 (XV) de 1960, que contiene la “Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales”; la Resolución 1654 (XVI) de 1961, que crea un Comité “Encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración”, antedicha; la Resolución 2625 (XXV) de 1970, que contiene la “Declaración sobre Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”; y, muchas más de igual valor.

Todos los instrumentos aludidos, además de consagrar los derechos humanos fundamentales de conformidad con la Carta, ampliarlos y precisarlos, tienen un común denominador que se reitera en todos ellos: el reconocimiento de los derechos inalienables y libre determinación de los pueblos, en condiciones de igualdad. De manera particular, y dada la subsistencia del colonialismo de entonces, que

presentaba 80 colonias, 11 fideicomisos y 17 territorios no autónomos, el Comité de Descolonización de Naciones Unidas, que Chile integrara recurrentemente, realizó una tarea notable, que permitió triplicar los Estados Independientes en la Organización. El propósito central fue, y no ha variado hasta el presente, el que no existan naciones, pueblos ni comunidades sometidas, y que sean igualadas en derechos y deberes, a los Estados donde se encuentran. Así mismo, se reconoce el establecimiento de un Estado Soberano, e independiente de la libre asociación o integración con un Estado Independiente o la adquisición de cualquiera otra condición (Res. 2625). Todo, acorde con el Derecho Internacional vigente, en un plano de igualdad jurídica, sin que unos u otros se superpongan entre sí, produciendo una segregación prohibida.

Una mención especial requiere el citado Convenio 169 de la OIT, de 1989, que tendría rango constitucional según la Propuesta (Art. 28 Transitorio). Consigna una evolución en la situación de los pueblos indígenas y tribales, con nuevas normas, que eliminan la orientación hacia la asimilación de normas anteriores, fortaleciendo identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven, en conformidad a la Convención sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957. Se aplica a los pueblos tribales: “en países independientes, cuyas condiciones los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional”. Es decir, cuando no gozan de igualdad ante la ley. Añade el Convenio que: “el término pueblos descendientes”, “a la época de la conquista o colonización o fronteras estatales, no se interpretan en el sentido de que tenga implicación alguna a los derechos que pueda contradecirse en el derecho internacional” (Art. 2-2, a); y el Art. 9, precisa que será: “en la medida que sea compatible con el sistema jurídico nacional y derechos humanos”. Igualmente, “garantiza medidas apropiadas de acción internacional, para facilitar contactos y cooperación entre pueblos indígenas y tribales, a través de las fronteras.”; y el Art. 35, señala que “la aplicación del Convenio no deberá menoscabar los derechos y ventajas garantizados a los pueblos interesados, en virtud de otros convenios y recomendaciones, instru-

mentos internacionales, tratados, leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.” En síntesis, el Convenio 169 consagra la prohibición de toda discriminación, y reconoce variados derechos, en conformidad al derecho internacional, sin modificarlo. Y no podría ser de otra manera, pues constituiría su violación y, por lo tanto, haría inaplicable el Convenio.

Resulta necesario, entonces, procurar encontrar cuáles instrumentos legales han servido de base a la plurinacionalidad contenida en la Propuesta Constitucional. No es posible saberlo con certeza, si bien hay documentos que resultan coincidentes, y muchos presuntamente utilizados. Entre ellos, hay algunos que es necesario considerar. Parten de la base de que existe una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión (sic) pre colonial en territorios no dominantes de la sociedad; junto a la determinación de preservar, desarrollar y transferir territorios ancestrales, identidad étnica, patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales. Se basa en el Convenio 169 de la OIT, y en la Declaración de Derechos y Pueblos Indígenas de la ONU, del 2007, así como en la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2016. Citando a José Rivera, un documento basa la plurinacionalidad en la Conferencia Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (1983), que organizara un Estado Plurinacional, política, social y jurídicamente, sobre la base de la unión de varias naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, bajo una misma Constitución y Gobierno estatal. Como la actual de Bolivia, titulada: “Constitución del Nuevo Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (2009), que reconoce idiomas, sistema jurídico, derecho a auto gobernarse, competencias administrativas, económicas y culturales; así como una “interculturalidad e interrelación de culturas a la sociedad dominante.” Igualmente, y con toda razón, se cita como antecedente, la Constitución del Ecuador (2009). La boliviana, por su parte, reconoce en 80 artículos, de 4II, a los “Pueblos Nativos”, como aquellos que vivían antes de la invasión de los europeos, participación amplia y efectiva en todos los niveles del poder estatal y la

economía, con cuotas reservadas, propiedad de recursos, tierras, forestales, e hídricos, de sus comunidades. Equivalencia a la justicia tradicional indígena y justicia ordinaria, tribunales propios, y no derivación a la justicia civil. Nueva organización territorial del país, autonomías, elecciones directas de gobernantes y recursos económicos. También, nuevas formas de constitución familiar. Además, hay una norma sumamente significativa: “Rechazo al nuevo orden internacional europeo”, y “rechazo al Derecho Internacional unificador.” Una clara ruptura con el derecho tradicional. Un punto verdaderamente inquietante y revelador.

Nuestra Propuesta Constitucional presenta variadas similitudes con las constituciones citadas. Por lo que caben múltiples interrogantes sobre el verdadero sentido y alcance jurídico de estas normas. Respecto a la boliviana, muchas de ellas todavía se encuentran sin una ejecución completa, o son simplemente declarativas, faltando su puesta en práctica legal. Por lo tanto, no es un antecedente exacto para la nuestra, por lo que indico solamente algunas proyecciones teóricas que podrían presentarse: Cuál régimen sería aplicable si la justicia tradicional indígena, en caso extremo y retrocediendo más de quinientos años, o más, a la era prehispánica del Imperio Inca, o en su caso, al Imperio Azteca o civilización Maya, y que, según el conocimiento histórico, podría reinstaurar antiguas prácticas, como la pena de muerte, el sacrificio humano a dioses ancestrales, o una construcción familiar poligámica, como la poliandria (mujer con más de un hombre), o poliginia (hombre con más mujeres), el gobierno de los ancianos, la autorización de ciertos cultivos alucinógenos y su consumo, aumentando el narcotráfico, el eventual predominio de guerrillas que practican el narco-terrorismo para el control y expansión de territorios autónomos, o en cualquier otra forma incompatible con las normas internacionales que la comunidad de naciones ha consensuado y prohíbe el derecho actual. ¿Cuál sería aplicable y cuál tendría prioridad? Por cierto nadie los ha planteado, si bien se abren estas y muchas otras interrogantes, si se pusieran en práctica estas disposiciones, tal y como han sido elaboradas, no excluyéndolas

claramente. ¿Serían aceptadas por el resto de la sociedad internacional, o por los países que se consideraran afectados o las cuestionarán? No tengo las respuestas, pero corresponde hacerlas, hasta que una reglamentación precisa las determine.

También, hay que referirse al esclarecedor artículo del Profesor Edison Zoldán, publicado en el Newsletter N°788/V de ACHEI, del 12 de agosto en curso. Cita a los sociólogos, de Sousa Santos (portugués) y García Linera (boliviano), como inspiradores, así como al Libro “Tesis Política” de la Confederación Única boliviana, que sirvieron de base a las Constituciones de Bolivia y Ecuador. Zoldán, asevera que la plurinacionalidad es el reconocimiento de la existencia de diversos pueblos. Y menciono también, al destacado escritor y Premio Nacional de Humanidades 2021, Profesor José Rodríguez Elizondo, en particular su último Libro, donde plantea varios cuestionamientos al explorar la plurinacionalidad, sus efectos y consecuencias, pues, afirma que el Estado que conocemos pasaría a ser un Estado de Naciones, con posibles muy serias consecuencias limítrofes. Dejo planteadas estas apreciaciones y prevenciones de ambos autores, las que no necesito reproducir por ser ampliamente conocidas.

Conclusiones

A modo de conclusión, deseo enfatizar que el estado actual de la evolución del Derecho Internacional, y avances en tantos ámbitos, como los Derechos Humanos y libertades fundamentales, o a su normativa adoptada por los organismos internacionales, presenta divergencias, más que coincidencias plenas, con el concepto de Plurinacionalidad, planteado en la Propuesta Constitucional, más acorde con los textos constitucionales de Bolivia y Ecuador. Las normas de aceptación general que he aludido, han tenido como propósito principal, el poner término a la era de la colonización y sometimiento poblacional a las potencias coloniales, buscando la igualdad, y no el predominio de naciones o de pueblos originarios. Un concepto dife-

rente y nuevo, por cierto, no equivalente. Las constituciones de otros países que han contemplado ejemplos plurinacionales, obedecen a realidades propias, desarrolladas a lo largo del tiempo, algunas muy antiguas, aunque no necesariamente equiparables a la plurinacionalidad propuesta y a nuestra propia evolución particular, donde ha predominado el constante crisol étnico, bajo la premisa de una sola identidad nacional, sin distinciones entre ellas.

Tampoco resulta evidente en nuestra configuración territorial, tanto pre-hispánica, colonial, así como país independiente, encontrar continuidad en comunidades o pueblos políticamente organizados como naciones individuales, con autoridades propias, normas y tribunales diferenciados, separados de la unidad nacional, y autorizados a desarrollarse como pueblos o entidades diferentes entre sí; por sobre el reconocimiento a su pertenencia, cultura, lengua, tradiciones, creencias, cosmovisión y entidades particulares, claramente diferenciadas unas de otras, que fueren reconocidas por la división administrativa del Reino de España, o por la República de Chile independiente. Todavía está escasamente materializada y con su necesaria implementación. Posiblemente esta constante histórica, sirva de base a que, entre las mismas comunidades que se identifican como originarias, tampoco deseen mayoritariamente, separarse del resto de la población, según encuestas conocidas, ni hay consenso para transformarse en naciones individuales segregadas del Estado-Nación tradicional.

Lo dicho, no desconoce de manera alguna, tantos derechos reivindicados por la población indígena y tribal, muchas veces postergada e ignorada y que merecen, por sobre todo, el reconocimiento y atención preferencial por cualquiera sea la autoridad que gobierne. No deseo profundizar en esta materia, ni mucho menos, desconocer que el derecho internacional evoluciona y se desarrolla constantemente. Tampoco es mi intención entrar en polémicas de preferencias contingentes que no corresponden. El Derecho Internacional no se opone a todo progreso necesario, como ha sido demostrado. Propugna la legalidad, que constituye su fundamento indispensable, y no al revés.

REALIDAD Y PERSPECTIVAS DE LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

SERGIO BITAR CHACRA

Presidente del Consejo Chileno de Prospectiva y Estrategia
Ex Ministro de Estado. Ex Senador de la República de Chile

Introducción

Ante una complejidad creciente de la sociedad global y de las sociedades nacionales, la ingobernabilidad democrática se extiende y la incertidumbre desconcierta. Aquí analizamos los principales riesgos, algunas de sus causas y proponemos caminos para reducir la ingobernabilidad. Dos convicciones subyacen en estas líneas: a) que la gobernabilidad democrática es el camino que otorga estabilidad a los cambios sociales; y b) que esa gobernabilidad requiere dialogo social, descentralización y acuerdos políticos de mayor amplitud, que trasciendan la fragmentación e insuficientes coaliciones de partidos. Además, la educación y regulación deben resguardar los derechos de las personas en la democracia digital. El texto propone varias prioridades de trabajo político para acrecentar la gobernabilidad.

Hablar de futuro no es predecirlo. Es analizar las tendencias globales y explorar escenarios posibles, es ser capaz de dar sentido a lo que estamos viendo, leyendo, escuchando, es prepararse mejor para evitar riesgos y aprovechar oportunidades; es actuar para construir el futuro.

¿Qué factores incidirán en el futuro de la democracia?

Un reto mayor es ser capaces de analizar escenarios de la evolución de la democracia y proponer acciones para innovar y alcanzar un nivel superior. Para contribuir al análisis de este tema, primero, se esbozan los principales riesgos y, luego, se sugiere qué se puede hacer para que se consolide y profundice la democracia.

No es casual que los buenos análisis de futuro de la democracia y de la causa de los problemas, provengan más de filósofos que de políticos activos. Cuando las sociedades se complican crecen las expectativas y la diversidad, cuando aumentan los conflictos y se fragmentan los grupos políticos se deteriora el bienestar y se agudiza la desigualdad. Las tendencias globales recientes alertan de la acelerada digitalización y el intenso cambio climático. La gobernabilidad exigirá entonces cambios culturales, de comportamiento, que antepongan la cooperación y solidaridad al individualismo y el consumismo.

El fenómeno es profundo y no basta con medidas paliativas para manejarlo. En su libro *Una Teoría de la Democracia Compleja*, el filósofo español Innerarity advierte que no es posible gobernar la complejidad con los conocimientos y herramientas tradicionales. El filósofo alemán coreano Byung-Chul Han, en su libro *Infocracia*, demuestra cómo la digitalización y la inteligencia artificial alteran las relaciones humanas, segrega en grupos y fracciona la esfera pública. El mundo que se avecina exige innovar normas e instituciones para acrecentar la participación y la colaboración.

Tres importantes documentos internacionales recientes nos muestran síntomas inquietantes de crisis en las democracias. El primero es de IDEA, Institute for Democracy and Electoral Assistance, del cual he sido 6 años miembro de su Consejo Asesor. Revela que el 70% de la población mundial habita en países con regímenes no democráticos, y que solo 9% vive en democracias de alta eficacia. Economist, evalúa a 167 países y afirma que en un tercio de ellos existe una tutela autoritaria y solo el 6,4% posee democracia plena. El tercero, de Freedom

House degradó los índices de libertad a 73 países, e informa que, el número de países democráticos se ha estancado y luego retrocedido.

Los regímenes híbridos se han extendido. Candidatos presidenciales y partidos recurren a las elecciones y luego de ganarlas, corroen la institucionalidad, debilitan la separación de poderes y constriñen la vida democrática. Venezuela y Nicaragua son dos ejemplos, y similares prácticas se observan también en India y Turquía. En otros se manifiesta una aguda polarización que compromete los arreglos, se irrespetan normas, se bloquean las reformas y, entonces, suele aumentar la anomia y la violencia. Perú es un caso inquietante, como lo ha sido también Brasil con Bolsonaro. De la debilidad de los partidos y del retroceso y debilitamiento del Estado se aprovecha el crimen organizado para infiltrarse. Es un hecho alarmante para el futuro de la democracia en América Latina que allí se alcancen los más altos índices de violencia, homicidios y corrupción.

Entonces, ¿Estamos en presencia del ocaso de la democracia representativa liberal? ¿estamos ingresando a una etapa de regímenes híbridos, que se inician democráticamente y luego transmutan a gobiernos autoritarios?.

Los riesgos globales amplifican las crisis nacionales

A lo menos, cinco retos globales influyen en todos los países del mundo y a los cuales los latinoamericanos debemos prestar particular atención.

El primero es la desigualdad. Los sorprendentes progresos tecnológicos ayudan a mejorar las condiciones de vida del conjunto, sin embargo, en ausencia de regulaciones y de un papel compensador del Estado, aumenta la brecha de ingresos entre los que poseen recursos financieros y pueden ganar con ello mucho más que por su trabajo, y los que sufren las consecuencias de enormes diferencias educativas. El mercado laboral favorece a los poseedores de mayores

conocimientos, especialmente digitales. Reducir esa brecha educativa y digital es crucial para corregir una de las causas principales de la desigualdad entre y al interior de los países.

El segundo es la polarización, que nace del conflicto agudo y falta de acuerdos, la fragmentación política, la debilidad y la ineficacia de los Estados para colaborar en la gobernanza global y dar solución de las pugnas geopolíticas y económicas. Revertir la fragmentación es prioritario, así como reforzar el Estado es prioritario para hacer efectiva la inclusión social, para garantizar el orden público y la seguridad de los ciudadanos y, con ello, contribuir a la gobernanza global.

El tercer riesgo es el lento crecimiento, el rezago tecnológico y la baja productividad que agravan el desempleo por la primacía de las tecnologías digitales. Numerosos estudios anticipan cifras inquietantes, que cerca del 30% quedaría sin trabajo en 2030, otros más optimistas avizoran una relación nueva entre máquina y trabajo, una distinta organización del trabajo; si la educación digital se mejora, habría tasas menores de desocupación.

El cuarto riesgo proviene del cambio climático, los desastres naturales y los consiguientes peligros a la supervivencia, en particular para las familias vulnerables y aumentarán las migraciones internas e internacionales provocadas por la imposibilidad de vivir en ciertas áreas. El Estado debe priorizar su cuidado con infraestructura, mitigación, seguridad alimentaria, servicios básicos, en particular, el agua.

El quinto es la pugna geopolítica entre China y Estados Unidos, que apuntará a la contraposición de sus sistemas políticos, la democracia, los derechos humanos y la eficacia. Estas contradicciones activarán los conflictos y afectarán las cadenas de producción, internet, la transferencia de tecnologías llegando a formas de desacoplamiento entre las dos grandes potencias.

¿Como inciden estos cinco retos globales sobre las democracias latinoamericanas?

Estos procesos de cambio global afectan con mayor intensidad a nuestra región. Por ejemplo, el impacto de la pandemia es más agudo, pues nuestros países carecen de estados de bienestar o estos son frágiles. La pobreza y el déficit de servicios básicos en salud, educación, vivienda, pensiones, segrega a amplios sectores y aumenta la desigualdad.

En la esfera política, cunde el descontento y se desatan protestas sociales, reclamando justamente contra la marginalidad, el abandono y la carencia de recursos financieros. El diálogo y una estrategia compartida ayudarían a superar la polarización coyuntural, pues no basta con lamentarse, los países tienen que salir adelante con propuestas convenidas y persistencia en el tiempo.

No habrá crecimiento sin entrar de lleno en las nuevas tecnologías. Es prioritario elevar el valor agregado de los recursos naturales, digitalización, innovación y destinar recursos contundentes a la educación e investigación para incrementar las capacidades nacionales.

El cambio climático intensificará estas brechas y es indispensable anticipar y actuar, privilegiando la descarbonización y las obras de mitigación a los sectores más vulnerables.

Por último, América Latina necesita urgentemente una voz común, cada país individual pesa poco en las negociaciones internacionales. En el G20, por ejemplo, participan 3 latinoamericanos, pero no se coordinan entre sí y menos con los de la región.

Qué hacer para proteger y expandir la democracia

Lejos, el problema principal de América Latina es la gobernabilidad democrática. Polarización, fragmentación y desigualdad comprometen seriamente la capacidad de Estado para ordenar prioridades y garantizar la seguridad. La preocupación fundamental debe ser el continuo afianzamiento de las instituciones y el estado de derecho sustentado en un sistema electoral sólido y confiable. Es crucial

cuidar el equilibrio de poderes y prevenir la degradación hacia sistemas híbridos.

También es importante revertir la debilidad y proliferación de partidos sin programas, liderazgos personalistas, coaliciones efímeras y la caída de la calidad y experiencia de los y las representantes políticos. Cuesta formar personas capaces de gobernar, con conocimiento de sus áreas, sentido nacional y de servicio público. Una norma que disminuiría la dispersión es elevar los mínimos de votación para la vigencia legal de un partido político. Igual de relevante es establecer la pérdida del cargo de quien postula por un partido para luego abandonarlo, alimentando la indisciplina e ingobernabilidad.

La gobernabilidad se torna más azarosa con partidos de baja legitimidad. Algunos imaginan que la solución es sustituirlos por movimientos sociales. Pero tales movimientos nacen y mueren, o son simple aglomeración de ciudadanos que protestan por propósitos heterogéneos, sin liderazgo ni programa. La cuestión no es reemplazar la democracia representativa, sino innovar en nuevas formas de democracia participativa que la complementen. Es esencial repensar también la relación entre partidos y movimientos, partidos y ciudadanía.

Un requisito importante para la gobernabilidad es valorizar la cultura de los acuerdos. Es más valiente y logra mejores frutos quien lucha por sus objetivos con pragmatismo y flexibilidad que quien se atrincheró en el ideologismo rígido, que termina sin cambios y con frustración. Sin acuerdos, la magnitud de los desafíos sobrepasará la capacidad de cualquier gobierno de conducir a un país. Además de los acuerdos nacionales es deseable una acción solidaria internacional para apoyarse entre países e instituciones democráticas. Acuerdos y colaboración son el mejor antídoto contra el populismo y el autoritarismo.

La descentralización es prioritaria. Los sistemas complejos deben autorregularse con subsistemas con autonomía relativa, redes interactivas. No se puede operar con estructuras institucionales centrali-

zadas y verticales, sino con un proceso progresivo de delegación de poder.

El buen gobierno

Hacer buen gobierno es esencial para proteger y expandir la democracia. No basta con decir quiero hacer esto cuando no tengo capacidad de producir resultados. La democracia se ve con frecuencia más amenazada por inepticia que por los propósitos generales de los gobiernos y sus coaliciones. El buen gobierno tiene que priorizar la capacidad tecno-política, urge entonces formar más gente preparada, que posea conocimientos técnicos y voluntad de acción

Un Estado que emplea nuevas tecnologías digitales para mejorar la cobertura y calidad de servicios básicos permite avanzar y corregir las discriminaciones. La disminución de la desigualdad requiere de un Estado capaz de proveer bienes y servicios básicos a todos. Un pacto fiscal, que incluya una reforma tributaria es indispensable y debe sustentarse en acuerdos amplios para enfrentar la desigualdad.

Hacer buen gobierno exige consultas y participación ciudadana, y la digitalización abre desafíos ambivalentes. Por un lado, empodera a quienes critican, difunden bulos, coordinan grupos agresivos, pero por otro amplifica los espacios democráticos de escucha, diálogo, información y propuestas para mejorar a los gobiernos.

Otro gran pilar para expandir la democracia es un crecimiento sostenido y sustentable, no hay desarrollo sin crecimiento verde. La democracia no se puede sostener solo con grandes empresas si no hay medianas y pequeñas innovadoras, generadoras de mayor empleo, de innovación y de tecnología. El cambio climático será determinante. En el caso de Chile, el cobre verde, el hidrógeno verde, energía solar y el litio colocan a Chile en una posición internacional de facilitador de la descarbonización global. Y se debe enfrentar la escasez de agua.

Por último, la irrelevancia internacional de América Latina se debe corregir con coordinación regional y multilateralismo, a fin de gravitar en los espacios de decisión sobre la gobernanza mundial. La coordinación regional también ayudaría a amortiguar la pugna geopolítica entre China y Estados Unidos e impedir que esa pugna restrinja nuestro desarrollo económico.

Ocho recomendaciones que encuentran mayor consenso

- Crear nuevos espacios formales y sistemáticos de diálogo social. La digitalización y virtualidad de las relaciones humanas, e información via plataformas, puede reducir la comunicación interpersonal y elevar la segmentación social y política, fenómenos que debilitan la actividad política. Suele alimentar la desconfianza cuando se aleja el sentido de comunidad. Cuando crece la individuación, sin referencia a un interés o un proyecto colectivo es mayor el egocentrismo. Muchos dirigentes políticos se afanan por descollar con espectacularidad y diferenciación, en vez de explorar entendimientos y conciliar intereses. Se ha contemplado antes y se debe insistir en la creación de Consejos Económico, Social y Ambiental, con representantes de la sociedad civil, u otras fórmulas equivalentes.
- Establecer y promover nuevas formas de democracia cercana, priorizando la descentralización, los nuevos gobiernos regionales, el poder local y las decisiones de la comunidad. Entregar más información a la ciudadanía y crear instancias permanentes de conversación y consulta a nivel comunal o sectorial o social.
- Regular las plataformas digitales para que ellas mismas reduzcan la manipulación, la polarización y las noticias falsas, cuidando de resguardar la libertad de expresión, sustentada en la veracidad. Y legislar para el resguardo a la privacidad de los datos, sustento de la libertad personal.

- Elevar la cantidad y calidad de la provisión de los bienes y servicios públicos esenciales a toda la población, en salud, educación, vivienda, pensiones y seguridad, a fin de generar mayor igualdad y solidaridad, sustento esencial de un proyecto colectivo. Elevar la eficacia y capacidad del Estado para proveerlas, fortalecer su coordinación interna y acrecentar los recursos humanos, financieros e institucionales para mejorar su ejecución, y con ello alcanzar más inclusión.
- Impulsar nuevas instancias de coordinación público-privada. Inducir el mayor involucramiento de las empresas en los objetivos nacionales de bienestar y equidad, y en la gestión de los problemas de la comunidad. El Estado no puede solo. La complejidad de la tarea requiere superar la confrontación Estado Mercado y fundar bases para una acción armónica y sinérgica, combinando, sin prejuicios, una orientación estratégica y políticas públicas con gestión e iniciativa privada.
- Corregir las normas electorales a fin de disminuir la dispersión de la representación política, e inhibir las actitudes populistas. Incrementar los porcentajes mínimos de votación para que un partido político subsista legalmente, incentivar la formación de coaliciones y la elaboración de programas de gobierno. Sancionar con la pérdida del cargo parlamentario a quien postula por un partido y luego lo abandona, eludiendo su responsabilidad y disciplina de trabajo colectivo.
- Propagar y alentar una cultura de acuerdos y de no violencia. Afianzar un relato de que no hay democracia sin orden público y respeto a los derechos humanos, que la inseguridad socava la convivencia y el Estado, junto a la sociedad civil, debe combatir la droga, el crimen organizado y la violencia anarquista.
- Priorizar la educación para la democracia en la escuela, universidad, organizaciones sociales, y priorizar la formación de los jóvenes para pensar futuros y resguardar los derechos de las nuevas genera-

ciones. Anticipar y concordar acciones ambientales para la supervivencia de todos.

Perspectivas: anticipación estratégica

Proteger y expandir la democracia exige crear capacidades de anticipación estratégica, mirada de largo plazo.

La inteligencia artificial y el metaverso se extienden a una velocidad muy superior a la capacidad política de entenderlo y regularlo. La lógica de las empresas-plataformas es económica, las consecuencias políticas caen fuera de su objetivo. La cuestión es cómo usar esas tecnologías para desarrollar la democracia.

La inteligencia artificial tendrá enormes efectos positivos. Sin embargo, puede influir en los comportamientos de las personas, desviarlos, entregar información falsa, como hologramas que copian imagen y voces, y pueden falsear completamente la realidad. El libro *La Era del Capitalismo de la Vigilancia* de Shoshana Zuboff describe bien los riesgos para la democracia.

La capacidad de anticipar nos orienta para crear normas y legislación que hagan más fuerte la democracia en la era digital. El futuro de la democracia dependerá de la capacidad de procesar democráticamente la solución de tres desafíos cruciales: reducir la desigualdad para acrecentar la inclusión, descarbonizar para cuidar la naturaleza, y anticipar las reformas legales para garantizar la libertad, los derechos humanos y la privacidad de las personas en una sociedad digital.

LA ALADI Y LA INTEGRACIÓN DE AMÉRICA LATINA

SERGIO ABREU BONILLA

Secretario General de la Asociación Latinoamericana de Integración.
Ex Candidato a la Vicepresidencia de la República Oriental del
Uruguay.
Ex Ministro de Relaciones Exteriores y otras Carteras de Gobierno.
Ex Senador de la República.
Doctor en Leyes y Ciencias Sociales de la Universidad de la
República del Uruguay.
Máster en Administración de la Universidad de California
y de la Universidad de Harvard

El examen de los temas sobre la realidad internacional, la integración regional y el rol de la ALADI, de la que tengo el honor de desempeñarme como Secretario General, los abordaré con un realismo ajeno a esa retórica propia de los ámbitos políticos y diplomáticos. En esa línea, la experiencia me permite reflexionar con respeto y firmeza, sobre todo lo que afecta la región en los tiempos que vivimos.

Para iniciar nuestra exposición, nadie ignora que el mundo se enfrenta a un cambio de época y no una época de cambio. Estamos ante un proceso de globalización y fragmentación geopolítica que requiere de un pensamiento estratégico. Más allá de los alineamientos que se producen por la acción de las grandes potencias, los países menos desarrollados, en particular, los de América Latina deben actuar en consecuencia.

Nuestra región, tiene su historia, en especial, a partir de la formidable globalización que significó el descubrimiento de América y la riva-

lidad planteada entre los Reinos de España y de Portugal. Varios siglos fueron testigos de Tratados firmados por las dos Coronas como los de Tordesillas de 1494, Madrid de 1750 y San Ildefonso de 1777. Todos ellos referidos a la definición de sus límites territoriales.

Por otro lado, la revolución industrial de Inglaterra dio comienzo a un nuevo proceso de globalización luego que la Armada de la Corona británica conquistara los mares en la batalla de Trafalgar, proyectando el comercio libre y el dinero seguro, como pilares de esa nueva época. En el siglo XX, las dos guerras mundiales fueron seguidas por la creación de organismos multilaterales por parte de las potencias vencedoras. Finalizada la segunda, en 1945, la guerra fría dividió el orden mundial entre capitalismo y colectivismo hasta que, en 1990, la Unión Soviética y el socialismo real implosionaron por la revolución de la tecnología, la información, el conocimiento y el internet. A partir de allí, un nuevo equilibrio de poder comenzó a insinuarse, al transformarse gradualmente la República Popular de China en potencia global y rival geopolítico de los EE. UU. y Europa. Sumado a esto, en los últimos años, la pandemia y la invasión rusa a Ucrania aceleraron un cambio sustancial, sin que aún pueda definirse cómo actuarán las potencias ganadoras y los países y regiones perdedores.

La situación referida lleva a resaltar la crisis que atraviesa la gobernanza multilateral y la consiguiente incertidumbre que arroja sobre el futuro. La paz mundial está comprometida, mientras el escenario económico y comercial que se plantea para las próximas décadas anuncia cambios sustanciales en el equilibrio de poder global.

¿Qué es lo que ha cambiado? En realidad, cambió el sistema productivo global a causa de la revolución del conocimiento, de la información y los vertiginosos avances tecnológicos. El comercio internacional y regional se rige por la productividad y la competitividad al tiempo que la digitalización y los nuevos temas globales como el cambio climático, la equidad de género, el terrorismo y el crimen organizado impulsan nuevas estrategias. En especial, la guerra entre Rusia, Ucrania y la OTAN ha instalado una preocupante

inseguridad alimentaria y energética, además de una recesión económica acompañada de una inflación difícil de contrarrestar.

En este contexto, los países de la región deberían actuar en conjunto ante los cambios geopolíticos que se proyectan. América Latina, si pudiera definirse concretamente, se enfrenta a un círculo vicioso que profundiza la desigualdad social, la más grande del planeta.

En consecuencia, los nuevos tiempos reclaman una respuesta concreta para incentivar la inversión, aumentar el comercio, el empleo y lograr la inclusión social.

Como Secretario General de la ALADI, destaco y recuerdo, que el Tratado de Montevideo de 1980 se firmó para que, por medio de la integración económica se aumentara el comercio entre los países miembros para desarrollarse. Sin embargo, ese comercio intrarregional llega apenas al 11%, enfrentado a un nuevo escenario internacional, en el que dos tercios del comercio global es intra firma y el sesenta por ciento de los bienes que se comercian son semi terminados. Una moderna agenda agrega el comercio de los servicios, la propiedad intelectual, el trato nacional para la inversión extranjera, el cambio climático y la equidad de género, entre otros temas.

En este contexto, la tecnología y la digitalización determinaron un cambio estratégico de las grandes potencias. China, luego de su ingreso en la OMC en 2013, ajustó su estructura comercial, acompañada de un continuo crecimiento de su PIB. Como resultado, es el primer exportador de bienes y el tercero de servicios del mundo, además de sus avances tecnológicos, que a través del 5G y la Inteligencia Artificial rivalizan con EE. UU. y Europa.

Esa es la realidad. Veamos. Sin perjuicio de la crisis que atraviesa el sistema multilateral de comercio, China registra un enorme superávit comercial con los EE. UU. y es tenedor de un tercio de su deuda externa. Por otro lado, sin contar con preferencias arancelarias, gradualmente se volvió el principal socio comercial de Brasil, Argen-

tina, Uruguay y de otros países del Pacífico, algunos gozando de Acuerdos realizados.

Las preguntas surgen solas: ¿Cómo deberíamos encarar la integración regional ante el nuevo escenario? ¿podríamos definir a tiempo, la diferencia entre el psicótico y el neurótico? El primero, está convencido que dos más dos suman cinco, y el segundo, aun sabiendo que dos más dos son cuatro, se resiste a aceptarlo. ¿En qué patología podríamos ubicar a América Latina, a la ALADI y a los demás organismos regionales?; ¿cómo psicóticos o neuróticos? La respuesta no es sencilla, porque, en definitiva, todo depende de la voluntad política de los gobiernos. Pero eso no debería ser un obstáculo para que académicos, diplomáticos, estudiantes y gremios presionen a los líderes políticos a tomar decisiones concretas en materia de integración regional. Por ejemplo ¿la inseguridad alimentaria y energética derivada de la guerra actual, podría ser administrada en conjunto por los países de la región? De ser así, ¿cuáles serían los instrumentos a utilizar? ¿no podrían aprovecharse los existentes en la ALADI, una organización intergubernamental que, como la OMC, por disposición del Tratado fundacional es ajena a la orientación ideológica de los gobiernos?.

El Tratado de Montevideo de 1980 entre sus instrumentos cuenta con los Acuerdos de Alcance Parcial. A través de ellos, dos o tres países pueden negociar aranceles, normas y temas comerciales relacionados con lo digital, lo ambiental, la equidad de género, etc. De tal modo, que luego de firmados, siguiendo el principio de la convergencia, los demás tienen la posibilidad de adherirse mediante negociaciones.

Es conocido que la pandemia provocó en la región la pérdida de 30 millones de puestos de trabajo, afectando al tejido social que conforman las Pymes. Como respuesta, los países deberían reactivar las cadenas de valor para aumentar el comercio y la inclusión social. Además, tienen que asumir con realismo, una modernización de la infraestructura física para potenciar el desarrollo del transporte multimodal. En los hechos, se trata de ser competitivos en los

mercados externos. Sin embargo, parecen inamovibles las irritantes barreras burocráticas en los pasos de frontera.

En consecuencia, los países miembros de la ALADI, deben enfrentar este cambio de época, con un moderno pensamiento estratégico. América Latina registra la mayor desigualdad del planeta, mientras los discursos emocionales se pierden en palabras. Lo primero consiste en administrar políticamente el proceso de fragmentación que afecta la región. Mientras la ideología divide a los gobiernos de la región, la brecha productiva, digital y social se profundiza, de tal forma, que la conocida “unidad en la diversidad” pierde consistencia.

Reflexionemos. La Unión Europea es actualmente un Mercado Común que tuvo su origen en la imperiosa necesidad de construir una paz duradera. Un proceso, que gradualmente llevó a consolidar las cuatro libertades, bienes, servicios, capitales y personas. Tales decisiones se tomaron porque los países resignaron su soberanía a favor de autoridades supranacionales con sede en Bruselas. Los problemas fueron y son muchos, incluida la escisión del Reino Unido por el Brexit. Sin embargo, ese Mercado Común hoy con 27 Estados miembros, mantiene su unidad, a pesar de las turbulencias que atraviesa.

Por su lado, muchos proyectos de integración en América Latina trataron de imitarla, sin tener en cuenta la asimetría económica de la región. Como resultado, la voluntad política de los grandes países, no fue ni irá más allá de una relación intergubernamental. En otras palabras, ninguna de las tres economías más grandes, admitirían ser gobernadas por una burocracia supranacional. Como anécdota, sin duda cierta, durante las negociaciones del Mercosur, un Canciller amigo, ante un planteo de esa naturaleza me respondió de la forma más amigable posible: “todo muy bien, pero la cola no mueve al perro”.

La firma del Tratado de Mercosur en 1991 llevó a los EE. UU. a proponer el llamado “Acuerdo de las Rosas” y a la Unión Europea manifestar su voluntad de firmar un Tratado con el bloque. Por otro

lado, el gobierno norteamericano propuso la creación de una Zona de Libre Comercio desde Alaska a la Antártida, dando lugar a las negociaciones del ALCA, que, finalmente, no prosperaron por las razones políticas conocidas. Como respuesta, EE. UU. avanzó en la firma de Tratados bilaterales de Libre Comercio con Centroamérica y varios países de América del Sur. Puede decirse, que sus imposiciones no hubieran sido las mismas, si la negociación se hubiera realizado en conjunto por todos los países.

En definitiva, las circunstancias políticas derivaron en el Tratado de Unasur, un proyecto limitado a los países de América del Sur. La ideología prevaleció sobre lo comercial y la integración, sufrió institucionalmente, una fuga hacia adelante. El destino político de varios Presidentes y el precio del estratégico “ungüento oloroso” (el petróleo) quedó unido a la suerte de ese proyecto. En definitiva, Unasur naufragó y el Mercosur terminó siendo el único bloque comercial con fuerza estratégica que en 30 años no llegó a firmar un Acuerdo comercial con ninguna de las grandes potencias.

En tal sentido, es importante lo sucedido con el artículo 44 del Tratado de Montevideo que creó la ALADI. Este dispone que los países miembros que otorguen beneficios a terceros países, deben extenderlos a los demás socios. Sin embargo, la realidad pudo más que la norma, y salvo el planteo realizado por Brasil exigiendo a México una compensación por su Tratado de Libre Comercio con EE. UU. y Canadá, otros miembros de la ALADI, celebraron Tratados de última generación con terceros países sin considerar lo establecido en el Artículo 44.

Lo expuesto demuestra que la ALADI tampoco fue ajena a los acelerados cambios que se producían en el comercio internacional. ¿No hubiera sido lo correcto analizar esas situaciones que llevaban a una diferente inserción comercial de la economía regional? Un “baño” de realismo, ¿hubiera permitido hacer compatible el modelo del Tratado con las nuevas estrategias comerciales? No puede argumentarse que el vertiginoso avance global del comercio intra firma no era conocido

y, menos aún, que el transporte multimodal dominado por empresas integradas verticalmente, no requería acciones concretas para avanzar rápidamente en la región.

Todo esto, al margen de los problemas que afectaron a las micro, pequeñas y medianas empresas de la región. La brecha digital en términos competitivos se sumó técnicamente a la discriminación que sufren por razones geográficas, étnicas y de género. Una realidad estructural, que demuestra que la reforma de los sistemas educativos de la región ha sido insuficiente, responsable de la brecha existente entre la oferta laboral y la demanda actual.

Conclusiones

En conclusión, el cambio de época exige un pensamiento estratégico que a través de políticas públicas haga amigable un ambiente de negocios estable. La incertidumbre no debe ser el resultado de cada cambio de gobierno. Como decía uno de nuestros próceres: “nada podemos esperar si no es de nosotros mismos”. Por tanto, recurrir al escapismo y adjudicar a los demás el origen de nuestras debilidades es tan inocuo como antiguo.

En definitiva. La integración regional debe ser replanteada y la ALADI puede contribuir al disponer de instrumentos jurídicos realistas y flexibles. En este vertiginoso cambio de época, llegar tarde es lo mismo que no llegar. Vivimos tiempos transitivos y conflictivos y la región necesita líderes constructores de armonías. Las grandes potencias, como lo enseña la historia compiten por el poder global. Mientras tanto, América Latina mantiene un compromiso incumplido con la inclusión social.

INVASIÓN DE RUSIA A UCRANIA: EVOLUCIÓN, IMPACTOS Y PERSPECTIVAS

EDGARDO RIVEROS MARÍN

Ex Subsecretario de Relaciones Exteriores
Profesor de la Facultad de Derecho y Humanidades
de la Universidad Central

Esta exposición tiene lugar pocas semanas después de producirse la invasión de Rusia a Ucrania, lo que constituye una flagrante violación del orden jurídico internacional contemporáneo. El desarrollo de la guerra y sus efectos es incierto y, por tanto, lo que aquí se plantea tiene todas las condicionantes de un escenario de tal naturaleza como se analiza a continuación.¹

Desarrollo del conflicto

Lo que ocurre en Ucrania hoy en día es una invasión de una potencia que no siendo en el plano económico de primer nivel en el mundo ni equivalente a algunos países miembros de la Unión Europea, es una potencia militar debido a su poderío nuclear. Además, posee algunos recursos que son esenciales, como es el caso del petróleo, del gas y de los granos. Por tanto, tiene una capacidad y poderío innegables. Se debe agregar la capacidad militar convencional de grandes dimensiones.

Siendo lo que presenciamos una acción de fuerza, el factor militar es esencial. Hay que considerar que Rusia posee el más grande arsenal

nuclear del planeta. En total se calcula que Rusia tiene 6.255 ojivas nucleares, algunas desplazadas, otras almacenadas y algunas situadas como elementos de carácter estratégico.

Estados Unidos, según cálculos confiables, tiene 5.550 ojivas. Algunas de ellas están desplegadas para ser lanzadas de aviones, de submarinos, de misiles balísticos terrestres. Entre las dos superpotencias, Rusia y Estados Unidos, en materia nuclear tienen más del 90% de la capacidad mundial. Factor esencial a considerar en la evolución de este conflicto.

Coincidimos con la afirmación que es la más grave lesión a la paz desde la segunda guerra mundial, por el lugar que se produce, por las dimensiones que ha alcanzado y por la forma en que ello se ha llevado a cabo. Se han presentado otras situaciones como la guerra de Corea en el año 50 que estalla solo a 5 años de haber terminado las hostilidades de la II guerra mundial. Más adelante hubo un riesgo y una crisis que estuvo a punto también de un enfrentamiento y ahí el elemento nuclear de nuevo estaba muy presente, como fue la crisis coheteril del año 1962 también conocida como crisis de Cuba, en este caso triunfó la vía diplomática y el acuerdo directo entre los gobernantes de las dos superpotencias. Hubo sin duda un riesgo, pero no una materialización de hostilidades directas, sin embargo, constituye un referente de pos guerra.

Por cierto, la guerra de Indochina por su extensión, número de víctimas e involucrados debemos señalarla como la más devastadora hasta lo que se está desarrollando en la actualidad. Particularmente, para Estados Unidos de Norteamérica significó un impacto negativo que se ha proyectado como una de las graves violaciones al derecho internacional, con impacto tanto en su posicionamiento internacional, como en el ámbito interno del país norteamericano, que además debiera dejar una lección a las potencias en cuanto a sus acciones intervencionistas.

La llamada guerra de los seis días entre Israel y la coalición árabe conformada por la República Árabe Unida, ocurrida en junio de 1967

es un referente bélico, que, si bien es breve en el tiempo de desarrollo de las acciones de guerra, tiene un impacto extendido, debido a la ocupación territorial se proyecta hasta la actualidad y coloca frecuentemente en tensión la paz en la región.

En época más cercana, la guerra de los Balcanes que se da en un contexto de diáspora de la ex Yugoslavia, por ello, también conocida como la guerra de Yugoslavia. En ella hubo vulneraciones flagrantes al derecho internacional y al derecho humanitario, a tal punto, que se creó un tribunal ad hoc para juzgar los efectos de aquello. Agreguemos a lo señalado el conflicto en Chechenia, que también tiene como actor a Rusia; lo ocurrido en Afganistán, que tuvo como potencia interviniente a la entonces Unión Soviética y, posteriormente en el mismo Afganistán la intervención de Estados Unidos.

Luego de la mención a las situaciones relatadas se debe observar la situación actual en Ucrania como la incursión del mayor volumen y cuya gravedad se manifiesta por la proyección que pudiera alcanzar, que todavía no es posible dimensionar. Lo que sí está claro es que en él ha habido una vulneración flagrante de un cúmulo de principios que conforman el sistema jurídico internacional.

Normas y principios están claramente vulnerados. Es el caso de la prohibición del uso de la fuerza armada como elemento de las relaciones entre los Estados. Si algo logró la humanidad el año 1945, después de los horrores de la guerra mundial, es haber alcanzado dicho acuerdo, que no se pudo obtener al término de la primera guerra mundial mediante los Acuerdos de Versalles. Haber dejado al margen de la juridicidad internacional el uso de la fuerza es un pilar esencial de la institucionalidad mundial moderna.

Lo grave es que este principio está siendo vulnerado, una vez más, por uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas (ONU), teniendo conciencia de la asimetría en cuanto al poder militar entre el invasor y el invadido. También está presente la violación del principio de integridad territorial, buscando consolidar también por la vía de la fuerza, además, la

situación de Crimea. Tema que no quedó resuelto y plantea un cuadro de tensión que se arrastra desde hace ocho años. En efecto, Rusia pretendería con esta intervención anexar espacios que le permitan dar continuidad territorial hasta Crimea.

Está también presente la violación del principio de no intervención en los asuntos internos de otros Estados. Ello se evidencia cuando el Jefe de Estado del agresor llama abiertamente a las fuerzas armadas del Estado que está sufriendo la invasión a rebelarse contra la autoridad constituida y dar un golpe de Estado para hacerse del poder. Es una vulneración directa de dicho principio, a través de la naturaleza indicada mientras se está invadiendo. A esto se debe agregar la afectación a las personas con pérdidas de vidas y heridos, incluso no respetando las normas de la propia guerra, con bombardeos que afectan no solo objetivos militares, sino también civiles, como hospitales, escuelas, o campos ocupados exclusivamente por civiles. Hay en esto una vulneración directa y flagrante de los convenios de Ginebra de 1949.

Sin agotar los elementos de vulneración de la estructura jurídica internacional, es preciso indicar que esta es uno de los elementos centrales del análisis y que es lo que nos convoca a tratar este tema en la convocatoria efectuada por el ILRI. Es indudable que el no respeto al derecho internacional afecta, en las circunstancias que se enfrentan en Ucrania, el bien jurídico esencial del sistema jurídico internacional, cual es el resguardo de la paz y seguridad internacionales.

Existe, a mi juicio, un responsable de la situación analizada y es posible individualizarlo con nombre y apellido, este es Vladimir Putin, Jefe de Estado de la Federación Rusa, quien tiene el control del poder real desde hace más de 20 años, ya sea como Primer Ministro o como Presidente y que, en lo interno, aplica un sistema autoritario a todas luces observables por lo que es el trato de las disidencias o eventuales disidencias y que en la circunstancias actuales proyecta su accionar al ámbito internacional. Por lo visto, él tiene una responsabi-

lidad directa en los hechos. Hay que señalarlo claramente. Se vulneran, entre otros, principios esenciales de derecho como el *jus cogens*, norma imperativa del derecho internacional que no admite acuerdos en contrario, como es el establecido con Bielorrusia, vecino a Ucrania, para fortalecer la invasión. Se debe tener presente que Bielorrusia es conducida por Aleksandr Lukashenko, quien también permanece en el poder por largo tiempo con un control total.

La actuación de Putin y su entorno ha traído como consecuencia su creciente aislamiento, cuyos factores deben ser considerados.

El desarrollo de los acontecimientos parece indicar que Putin al desencadenar los hechos no calculó la capacidad de reacción ucraniana. Seguramente pensó en una acción relámpago, en una Blitzkrieg, aplicando el concepto acuñado por Alemania. Por tanto, no en una guerra prolongada, como a la altura de esta exposición se está observando, con varias semanas de enfrentamiento armado. Tampoco estaba en los cálculos la dimensión alcanzada por el Jefe de Estado ucraniano Volodimir Zelensky quien ha demostrado atributos que no estaban presentes en el análisis de su desarrollo previo a la llegada a la jefatura del estado. Ha mostrado coraje, liderazgo y capacidad comunicacional y, además, algo esencial en un cuadro de esta naturaleza, su capacidad para cohesionar a la población, la que está llegando a niveles de enorme compromiso. Zelensky, al colocarse a la cabeza de las acciones, logra una capacidad de liderazgo indiscutido.

Si en los cálculos de Putin estaba el quiebre de la sociedad ucraniana y una reacción opuesta a su gobernante, ello no se ha dado, por el contrario, lo que se ha producido en la sociedad ucraniana es una reacción de lucha ante la agresión. Esto no solo tiene efectos presentes, sino también hay que mirar en perspectiva. En efecto, aunque Putin gane la acción coyuntural y logre, por la asimetría de poder, controlar Ucrania y llegar en definitiva incluso a derribar el gobierno, la inestabilidad va a ser persistente.

La población ucraniana que está siendo desplazada, llegando en carácter de refugiado a los países cercanos o se están distribuyendo

por el resto de Europa o del mundo, son personas que van a estar en tal situación en una perspectiva de transitoriedad. Por otra parte, los que están luchando en el frente bélico van a hacer difícil la permanencia rusa y el control de Ucrania.

En circunstancias de esta naturaleza ya debieran existir lecciones aprendidas. Vietnam, para Estados Unidos se transformó en un trauma que lo ha perseguido constantemente. La incursión de la Unión Soviética en Afganistán en el año 1979 y la forma en que tuvieron que abandonar dicho territorio también dejó consecuencias de envergadura, a tal punto que se ha constituido en un referente a considerar. Cualquiera que haga un análisis de lo que fue el colapso de la Unión Soviética, no puede dejar de poner entre los ingredientes de ello la acción en Afganistán por la forma en que las tropas soviéticas tuvieron que salir desplazadas por los talibanes.

Por su parte, Estados Unidos el año pasado entrega otro ejemplo de lo que trae consigo la pretensión de control territorial en otro país y no ponderar adecuadamente la reacción de las poblaciones de los espacios ocupados. De esta forma, lo que vemos en la reacción de los ucranianos hace recordar otras situaciones de la historia reciente.

Tampoco parece haber estado en el análisis inicial de Putin la reacción occidental. El apoyo a Ucrania está materializándose de manera considerable, incluido el material bélico y medidas económicas. Este apoyo es sin llegar a una acción militar directa, toda vez, que Ucrania no es miembro del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y difícilmente llegará a hacerlo. Pero, el apoyo constante y sostenido de los países de Europa Occidental y Estados Unidos será clave de la capacidad ucraniana para mantener su rechazo a la agresión y, en lo posible, llevar a cabo la recuperación de territorios, particularmente de aquellos situados al Este del país hacia la frontera con Rusia.

Un efecto colateral ha sido el refortalecimiento de la OTAN. Esta organización ha pasado por problemas y tensiones, particularmente en el período del gobierno de Trump. Ante los acontecimientos actuales ha debido cohesionarse con mayores capacidades de coordi-

nación e interlocución. Incluso es posible que se vinculen a ella Estados que a raíz de su política de neutralidad han sido reacios a hacerlo.

Lo mismo ocurre con la Unión Europea (UE), la cual enfrentó el Brexit, esto es el retiro del Reino Unido e Irlanda del Norte de dicho acuerdo de integración. Sin embargo, ante los acontecimientos en Ucrania, ha debido reaccionar cohesionada respecto a sus 27 integrantes. Incluso el tema migratorio, de especial sensibilidad, ha sido enfrentado positivamente acogiendo a quienes buscan refugio, incluido países refractarios al tema como Polonia y Hungría.

Lo que presenciamos tiene importancia para el presente, pero también para el futuro, porque no cabe duda que Europa cambiará después de estos acontecimientos y el sistema jurídico internacional debiera tener modificaciones.

Se pueden esperar mutaciones profundas y necesarias. Dos elementos en paralelo: la pandemia que afecta el tema de la salud y también la seguridad internacional y la guerra. Van a la par como fuentes de cambios importantes en el sistema internacional político y jurídico. Ante esta realidad surge la pregunta ¿qué hacer?, vale decir, cómo enfrentar esta situación, cómo reemplazar el escenario de guerra por un escenario de búsqueda de solución pacífica del conflicto.

Es posible una mediación. Se necesita voluntad de las partes para ello y, hasta el momento, no hemos visto esta voluntad. Lo primero es crear el escenario para buscar aquella solución pacífica. Ello requiere alto al fuego y ello no se ha logrado, por el contrario, hasta el momento de esta exposición han existido 3 o 4 rondas de negociaciones, pero mientras existen los bombardeos, mientras persisten las incursiones o las caravanas armadas, dicho alto, esencial para la negociación, no se produce.

Segundo, ¿quién media? Recep Tayyip Erdoğan, Jefe de Estado de Turquía ha buscado jugar un papel. Por otra parte, no sabemos el

desarrollo que pueda existir a través del Primer Ministro israelí, Yair Lapid. Es una incógnita el rol que pueda jugar China, solo tenemos la señal de su voto de abstención en el Consejo de Seguridad de la ONU. Ello no es menor, toda vez que en dicho órgano sólo el voto en contra implica el veto a una resolución. Esto significa que la potencia asiática no acompañó el veto efectuado por Rusia a la resolución condenatoria a causa de la invasión de sus tropas a territorio ucraniano. Hay que tener presente que la abstención, desde el pronunciamiento en el asunto de Namibia, que consolidó una costumbre en el seno del Consejo de Seguridad, no implica el uso del veto por parte de un miembro permanente de la Comisión de Seguridad. Es importante considerar que China con su actitud quiso dar una señal de no involucramiento directo en el conflicto. Esta misma posición se repite en la Asamblea General de Naciones Unidas. Tomemos en consideración que este asunto llega a la Asamblea General por la imposibilidad del Consejo de Seguridad de adoptar la resolución, precisamente, por el veto ruso.

Muy pocas veces ha ocurrido esta circunstancia. La primera fue con motivo de la guerra de Corea, donde se dio origen a lo que se conoció como Resolución Unión Pro Paz. Esta es la tercera vez que se produce esta situación de derivación hacia la Asamblea General de un tema cuyo pronunciamiento correspondía al Consejo de Seguridad. El reproche a la conducta de Rusia se refleja en el resultado de la votación en la señalada Asamblea. Solo 5 votos, incluido el propio Rusia, rechazan la resolución, los otros Estados que acompañan a Rusia son Bielorrusia, su aliado en esta guerra, Siria, Corea del Norte y Eritrea.

Lo señalado indica las dificultades para encontrar quien medie en el conflicto. Tal vez sea posible intentar una comisión de conciliación que se forme por representantes de instituciones, entre ellas de la ONU. Por cierto, para ello es preciso que las partes se allanen a semejante convocatoria, partiendo por ponerse de acuerdo en la designación de quienes integren este medio de solución de controversias.

Hay que tener presente que el mediador o la comisión de conciliación, a diferencia de quien convoca o actúa como buen oficiante, tiene que proponer bases de una solución. En ello es predecible que no va a estar ausente el status futuro de Ucrania. En esta perspectiva va a estar, con seguridad, entre otras exigencias su neutralidad, lo que colisiona con las expectativas de Ucrania de ser miembros de la OTAN.

En el contexto en que se desarrolla el conflicto, es difícil la actuación judicial sea arbitral o de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), particularmente, por las dificultades de Rusia para entregar competencias jurisdiccionales en este asunto. Una incógnita hacia el futuro es la competencia que pueda ejercer la Corte Penal Internacional (CPI), debido a la posibilidad de que en este conflicto se configuren tipos penales internacionales que estén bajo su jurisdicción, en especial, la existencia de crímenes de guerra o de lesa humanidad.

Para estos efectos, habrá que interpretar el alcance de las normas estatutarias de la CPI y el rol, que más allá de ella, pueda jugar el principio de universalidad como determinante de jurisdicción. En todo caso, en ambas esferas lo que se buscaría perseguir son las responsabilidades personales o individuales de los responsables de la comisión de los delitos señalados.

-
1. El presente Artículo se basa en una exposición realizada el 14 de marzo del año 2022 en el marco del XVI Ciclo de Conferencias del Instituto Latinoamericano de Relaciones Internacionales, de la Universidad Miguel de Cervantes

GUERRA EN UCRANIA, AMERICA LATINA Y EL NO ALINEAMIENTO ACTIVO

JORGE HEINE

Profesor de Relaciones Internacionales Universidad de Boston
Ex Ministro de Gobierno de Chile
Ex Embajador en China, India y Sudafrica

La guerra en Ucrania desatada a partir de la invasión rusa de febrero de 2022 constituye el mayor enfrentamiento bélico en Europa desde la Segunda Guerra Mundial. En contra de lo que muchos pensaban, lejos de haberse convertido en un continente de paz, Europa vuelve a ser sacudida por enfrentamientos que parecían relegados a un distante pasado. La invasión rusa fue una flagrante violación del principio de la no intervención establecido en la Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU), así como del de la soberanía de los Estados en el cual se ancla el actual sistema internacional desde la Paz de Westfalia en 1648. La invasión rusa generó una fuerte reacción en los países occidentales, sobre todo en el G7 y los países miembros de la Organización del Atlántico Norte (OTAN), que volvieron a encontrar la unidad de propósito que habían perdido durante el gobierno del Presidente Trump.

En este marco, las diferentes etapas por las que ha atravesado la guerra en Ucrania le han dado una dinámica muy especial al conflicto que ha sido descrito como uno que cuestiona las mismas bases del orden internacional existente y sus reglas establecidas.

Una primera etapa fue la de una ofensiva rusa a partir del 24 de febrero de 2022, día de la invasión, en que Rusia controlaba 7% del

territorio ucraniano pre-invasión, y pasa a controlar un 22%, más de la quinta parte del territorio ucraniano, casi llegando a la capital Kiev, desde donde, sin embargo, es repelida por las fuerzas ucranianas. Luego se entra en una segunda etapa en que el Ejército ucraniano retoma la ofensiva y recupera un tercio del territorio que había perdido. Desde fines de 2022 y comienzos del invierno, la guerra se estanca, pasando de una de maniobras a una de posicionamiento, en que a ambas partes les cuesta mucho avanzar. En la primavera de 2023, Ucrania inicia una ofensiva desde el Sureste, cuyo destino está aún por verse al escribir estas líneas, pero cuyos avances han sido más lentos de lo esperado.

En esta guerra, Ucrania reclama y recibe una fuerte ayuda militar de los países integrantes de la OTAN, en materia de carros blindados, cohetes, drones y armas ligeras al comienzo, pasando luego a armas pesadas como tanques Leopard y caza-bombarderos F-16. Acá hay una línea muy fina con la cual Estados Unidos, Alemania y otros integrantes de la OTAN tienen que lidiar: por una parte, apoyar la defensa de Ucrania y evitar sea derrotada por Rusia y, por otro lado, evitar una escalada de la guerra que llevaría a fuerzas ucranianas a territorio ruso y, eventualmente, detonar el uso de armas nucleares por parte de Rusia, algo que ésta no ha descartado.

El cuadro que presenta la guerra en Ucrania, entonces, es uno sorprendente, considerando que Rusia es un país con mucho mayor territorio, población y PIB que Ucrania. La notable resiliencia de Ucrania para resistir la embestida rusa ha sido celebrada a lo largo y lo ancho del mundo, en que el conflicto ha sido visto como una confrontación entre David y Goliat. Esto ha gatillado una actitud triunfalista por parte de Ucrania, que ahora trasmite que no se conformaría con nada que no fuese la victoria total. Ello significaría la devolución de todos los territorios ocupados por Rusia, incluyendo Crimea, y con ello la humillación de Moscú.

A su vez, para varias de las potencias occidentales, esta situación es vista como una gran oportunidad para debilitar a Rusia permanente-

mente y provocar un cambio de régimen en Moscú. Expresiones del Presidente Biden de apoyar a Ucrania, “por el tiempo que sea necesario”, y del Secretario de Defensa de Estados Unidos, Lloyd Austin, que el propósito de la guerra sería “debilitar a Rusia permanentemente”, apuntan en esa dirección.

Parte integral de esta estrategia de debilitamiento de Rusia son las sanciones impuestas por el G7 a este país. Las mismas intentan transformar una guerra europea en una guerra global, con la exclusión de Rusia del sistema Swift de transferencias bancarias y de embargos y prohibiciones de entrega de productos a Rusia, incluyendo los de alta tecnología. Una cantidad importante de empresas estadounidenses y europeas que llevaban décadas operando en Rusia, se han ido. Ello ha ido de la mano con el congelamiento de fondos rusos en el extranjero, la exclusión de la banca rusa del sistema del dólar, la expropiación de propiedades rusas en el extranjero y la suspensión de la compra de gas ruso en Europa, sobre todo, en Alemania. Esta última dependía fuertemente del gas ruso para su calefacción en invierno y para otras necesidades energéticas. También se impuso un techo al precio del petróleo ruso. Todo lo anterior para “hacer crujir la economía rusa”, como se ha señalado.

De una guerra europea a una guerra global en contra de Rusia

Lo que hay, entonces, es un afán de transformar una guerra europea en una guerra global. El proyecto es que todos los países del mundo se hagan parte del proyecto de derrotar a Rusia y debilitarla permanentemente por medio de estas sanciones que apuntan a excluirla de gran parte de los mecanismos por medio de los cuales funciona la economía mundial.

¿Cuál ha sido la reacción del resto del mundo mas allá del G7 y la OTAN a este inédito proyecto?

En esto, cabe distinguir entre dos aspectos. En la primera votación sobre la guerra en Ucrania que se realizó en la Asamblea General de la ONU el 2 de marzo de 2022, una abrumadora mayoría condenó la invasión rusa; y luego en otra, en marzo de 2023, 140 países votaron por exigir que Rusia abandone el territorio ucraniano y ponga fin a esta guerra. Sin embargo, una cosa es condenar la invasión rusa como una violación al derecho internacional, una violación al principio de la no intervención, una violación de la soberanía ucraniana y una violación de la Carta de la ONU, y otra cosa muy distinta es abanderizarse en la guerra y hacerse parte beligerante en la misma, así como plegarse a las sanciones diplomáticas y económicas a Rusia.

Y esto nos lleva al impacto de estas sanciones a Rusia. Dadas las mismas, el haber sacado a Rusia del sistema Swift, a la banca rusa del sistema del dólar estadounidense y haber aplicado todo tipo de embargos comerciales en contra del país, debería tener a la economía rusa en el piso. Sin embargo, eso no es lo que ha ocurrido. Según las proyecciones del Fondo Monetario Internacional, en 2023 la economía rusa crecerá un 0.3%, que no es mucho, pero es más que lo que va a crecer Alemania, que va a tener crecimiento negativo. En 2022, la economía rusa tuvo un crecimiento negativo de un 2%, mientras que el PIB de Ucrania cayó en un 30%. Por otra parte, la situación del tipo de cambio también es reveladora. Dado lo ocurrido, uno podría haber vaticinado un desplome del rublo. Sin embargo, ello no ha ocurrido. En febrero de 2022, el tipo de cambio era de 79 rublos por dólar. En marzo de 2023, se encontraba a 80 por dólar. Es decir, prácticamente lo mismo. Por su parte, la balanza comercial de Rusia durante 2022 tuvo un superávit muy superior al que tuvo en 2021, que fue de 170,000 millones de dólares, mientras que, en 2022, fue de 221,00 millones de dólares, pese a esta guerra económica global que se ha tratado de conducir en contra de Rusia.

¿Qué explica esta situación? ¿Cómo es posible que la economía rusa haya resistido en una situación tan difícil? Aunque hay varios factores tras ello, al menos uno a mencionar es que la gran mayoría de los países del Sur Global, esto es, de África, Asia y América Latina, no han adherido a estas sanciones y han seguido comerciando activamente con Rusia. En el caso de algunas de las principales economías emergentes del planeta, como China, India, Turquía, Indonesia, Brasil, Sudáfrica y muchos más, es que aún (en algunos casos) condenando la invasión rusa, no se quieren abanderizar en la guerra misma ni tomar partido en ella. Tampoco desean adherirse a las sanciones políticas, diplomáticas y económicas que se están aplicando en contra de Rusia.

India, por ejemplo, que en los últimos años se había acercado a Estados Unidos, en la guerra en Ucrania ha adoptado una posición no alineada. En la votación que tuvo lugar en febrero de 2023 en la Asamblea General de la ONU exigiendo el retiro de Rusia del territorio ocupado ucraniano, India se abstuvo. El caso de Brasil también es digno de notar. A diferencia de India, Brasil es parte de las Américas, y nunca ha sido miembro del Movimiento de Países No Alineados (NOAL) del cual India fue fundadora. Uno podría haber esperado, por ende, una posición más cercana a la de Estados Unidos. Sin embargo, Brasil importa la cuarta parte de sus fertilizantes de Rusia. Brasil es una potencia agroexportadora, por lo que cabría preguntarse, por qué Brasil debería sacrificar su producción agrícola por adherirse a una guerra en la cual no tiene arte ni parte. A su vez, India ha aumentado considerablemente sus importaciones de petróleo ruso, y ha sido presionado para suspenderlas, ante lo cual el Canciller indio ha respondido: “Alemania está importando petróleo ruso en razón mucho mayores que India. No hay razón para pedirle a India que deje de hacerlo”.

Lo que ha surgido, entonces, no solo en América Latina, sino que también en el resto del Sur Global, es un enfoque de política exterior que con mis colegas Carlos Fortín y Carlos Ominami nos hemos referido como No Alineamiento Activo (NAA). Con esto nos referimos a

un enfoque de política exterior en que los países del Sur Global se niegan a tomar partido en los conflictos entre las grandes potencias y se centran estrictamente en sus propios intereses, un enfoque que *The Economist* ha determinado “cómo sobrevivir a un divorcio de superpotencias”.

La diferencia entre este nuevo no alineamiento y un enfoque similar adoptado por los países en desarrollo en la segunda mitad del siglo pasado es que está ocurriendo en una era en que estos países están en una posición mucho más fuerte de lo que alguna vez estuvieron, algo que se manifiesta en las así llamadas potencias emergentes. Por ejemplo, el PIB, medido en términos de paridad de poder adquisitivo del grupo de los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica) ha superado al del Grupo G7 de países más avanzados. Este creciente poder económico les otorga más influencia internacional, permitiéndoles tomar nuevas iniciativas y forjar nuevas coaliciones de una manera que habría sido impensable antes.

El No Alineamiento Activo (NAA) ha sido impulsado por el aumento de la competencia y una incipiente Guerra Fría entre Estados Unidos y China. Para muchos países del Sur Global, mantener buenas relaciones tanto con Washington como con Beijing es crucial para su desarrollo económico, así como para sus flujos de comercio e inversión. Simplemente, no les conviene tomar partido en este creciente conflicto. Dicho esto, el NAA no debe confundirse con la neutralidad, un concepto legal en derecho internacional que implica ciertos deberes y obligaciones. Ser neutral no significa tomar una postura, lo cual no es el caso en el NAA. El NAA tampoco implica equidistancia de las grandes potencias. En algunos temas, por ejemplo, en democracia y en derechos humanos, es perfectamente posible que una política de NAA tome una posición más cercana a los EEUU, mientras que, en otros, por ejemplo, el comercio internacional, puede estar más cerca de China. En todo caso, el NAA exige una diplomacia muy bien calibrada, que examine cada asunto en sus méritos y tome decisiones en base a un riguroso análisis.

Un claro ejemplo de lo que ello significa se dio con ocasión de la visita del Canciller de Alemania Olaf Scholz a Chile, Brasil y Argentina en febrero de 2023. Una de las razones principales de la visita fue solicitar que estos países le suplieran armas a Ucrania. Abastecer de armas a Ucrania significa transformarse en parte del conflicto, es decir, introducirse de lleno en la guerra. Esta petición de Alemania fue acompañada de una similar por parte de Estados Unidos. La oferta no dejaba de ser atractiva: de lo que se trataba era de entregar armas, aviones y tanques, incluyendo los tanques de origen ruso que tienen algunos países sudamericanos. Los países que hiciesen esto serían compensados más adelante con equipos más modernos, a atractivos precios.

Sin embargo, esta propuesta fue rechazada por Argentina, Brasil, Chile y Colombia. Estos países no están para inmiscuirse en una guerra europea, en la cual Sudamérica no tiene nada que ver. En esto ha surgido un cierto grado de consenso en los países de África, Asia y América Latina. La realidad es que Europa había perdido todo interés en América Latina. Desde 2015 que no se realiza la Cumbre América Latina y el Caribe-Unión Europea, lo que es decidor. Ahora que hay una guerra en Europa, súbitamente, los líderes europeos descubren la importancia de América Latina y la necesidad de su colaboración, algo refrendado por la visita a Sudamérica de la Presidenta de la Comisión Europea, Úrsula von der Leyen, en junio de 2023.

Y esta situación también refleja el problema que tiene América Latina, una región que ha ido pasando de la periferia a la marginalidad. Un ejemplo de ello es que después que Michelle Bachelet dejó su cargo de Alta Comisionada de los Derechos Humanos en Ginebra, no había ninguna Agencia de las Naciones Unidas dirigida por un latinoamericano o una latinoamericana, algo que solo vino a cambiar con la elección de la candidata argentina a la Organización Meteorológica Mundial. A su vez, el Foro Económico Mundial cerró su capítulo de América Latina, con muchos años de funcionamiento, por la falta de interés en el mismo.

Es a partir de esta creciente marginalidad de la región, y de su profunda crisis, que se plantea la necesidad de un cambio profundo en la postura internacional de la región, hacia lo que denominamos un No Alineamiento Activo. En ese marco, el que América Latina no haya tenido una posición de apoyo a la OTAN y al G7 en la guerra en Ucrania, varios críticos han señalado que esto sería una posición vergonzosa, que condena a la región a la irrelevancia. Otros han indicado que sería prueba de un fracaso moral. La realidad es más bien el contrario. El que los principales países latinoamericanos, como muchos otros países del Sur Global, se hayan negado a abanderizarse con ninguno de los dos bandos en esta guerra, significa que han adoptado en los hechos una política de no alineamiento activo.

Este concepto se planeó originalmente el año 2019 y se desarrolló en los años 2020 y 2021 en respuesta a las tensiones entre Estados Unidos y China, en que América Latina se vio entre la espada y la pared. En nuestro libro: *El No Alineamiento Activo y América Latina: Una doctrina para el nuevo siglo* (Catalonia, 2021), en una especie de manifiesto, con mis colegas Carlos Fortín y Carlos Ominami llamamos a los países de la región a no ceder a las presiones de Washington o de Beijing y a mantener la mirada firme en sus propios intereses.

Sin embargo, las reseñas del libro de algunas de las principales revistas de relaciones internacionales, como *Foreign Affairs* señalaron que, más que una propuesta a futuro o un manifiesto, el “no alineamiento activo” no venía sino a constatar algo en curso, constituyendo “la tendencia más significativa en materia de política exterior en la región desde el fin de la guerra fría”. Otra revista, *Foreign Policy*, señaló que, para América Latina, el año 2022 fue el año del no alineamiento activo. A su vez, las reacciones del Sur Global a la guerra en Ucrania, son prueba al canto que el NAA no se limita a América Latina, sino que, también, se da en África y en Asia. El mismo surge en el contexto de China y Estados Unidos y el conflicto con Rusia tiene sus propias características, pero comparte otras, incluyendo esta dinámica de “el G7 contra el Resto del Mundo”.

Conclusiones

India juega un papel clave en esto. De hecho, algunas de las mayores democracias del mundo, como India, Indonesia, Pakistán, Sudáfrica, sin contar a los países latinoamericanos ya mencionados, han manifestado su neutralidad en el conflicto, desmintiendo que las posiciones ante la guerra en Ucrania reflejarían una opción entre democracia y autocracia. Lo que la guerra en Ucrania realmente ha venido a subrayar es que el principal clivaje en el mundo de hoy se da entre el Norte y el Sur, entre los países desarrollados y aquellos en vías del desarrollo.

En ese marco, el NAA significa un compás, una guía para la acción en un mundo en turbulencia. En América Latina, abre la posibilidad de forjar una posición común frente al entorno internacional. El mismo ha adquirido un nuevo ímpetu con los nuevos gobiernos progresistas en la región. Ello ya se ha visto en acción con el caso de Brasil bajo el presidente Lula y su iniciativa de paz en Ucrania. En febrero de 2023, en la Asamblea General de la ONU, Brasil votó a favor de una resolución exigiendo el retiro de las tropas rusas del territorio ucraniano. Sin embargo, Brasil también promueve una salida pacífica del conflicto. El presidente Lula señala que él no está por enviar armas a Ucrania, sino que por lograr la paz en ese conflicto. Al tratar de mediar en la guerra de Ucrania, Brasil apunta a crear una coalición de países a favor de la paz. En buena medida, la política exterior de Brasil bajo el Presidente Lula encarna al No Alineamiento Activo en su mejor expresión.

UNA NUEVA GUERRA FRÍA

JOSEP DURAN I LLEIDA

Ex Diputado del Parlamento Europeo, del Congreso de España
y del Parlamento Catalán
Abogado y Consultor Internacional

Me gustaría empezar aportando un par de reflexiones previas. La primera de ellas: hay que ser conscientes de que, a pesar de que todos podemos sentir la gravedad de la guerra e invasión ilegal e ilegítima de Putin sobre Ucrania, no es la misma preocupación la que sentirá un ciudadano de Chile, Perú o de cualquier rincón de Latinoamérica que la que puede sentir un europeo. De la misma manera, no es exactamente la misma preocupación que puede sentir un ciudadano que viva en España, Francia o Portugal que la de un ciudadano que viva en Alemania o Polonia. Por supuesto, cuanto más cerca estás de la frontera con Ucrania, cuanto más cerca estás de Rusia, mayor es la preocupación.

Y la segunda reflexión: es cierto que entre Europa y Estados Unidos compartimos valores, pero no siempre los mismos intereses y, por tanto, tenemos opciones matizadamente distintas o incluso en algunas ocasiones radicalmente distintas.

Origen del conflicto

Es evidente que la caída de la Unión Soviética en el año 1991 - que siempre Putin ha considerado la mayor tragedia del siglo XX - está en el corazón de la motivación del líder Ruso. Por supuesto que Putin no tiene la razón. Su acción bélica es una acción criminal injustificable.

Pero tiene razones: se deben considerar los errores que occidente ha cometido, la OTAN y la UE hicieron promesas (en algún caso escritas) de que la OTAN no llegaría nunca a las fronteras de Rusia. Quizás, uno de los mayores errores de occidente y de la alianza atlántica entre Europa y Estados Unidos fue la cumbre de la OTAN celebrada el año 2008 en Bucarest. Allí, se invitó a Ucrania y Georgia a entrar a la OTAN.

Javier Solana, ex Ministro de Relaciones Exteriores y de otras materias de España, quien fue también responsable de la política exterior y de seguridad europea y Secretario General de la OTAN, ha declarado que vivimos las consecuencias de sugerir que Ucrania entrara a la OTAN. Para Solana, la expansión de la OTAN hasta las fronteras de Rusia era prematura, y en el mejor de los casos, innecesariamente provocadora. Por ello, a mi juicio, impulsar el ingreso de la OTAN de Ucrania y Georgia fue un error.

A partir de estas consideraciones, Rusia manifiesta sentirse engañada. Además, expresa y utiliza ese sentimiento como el origen más próximo de la guerra (más allá de la Cumbre del 2008). Eso, según ellos, provoca que en el 2014 Putin invada y se apodere de Crimea, una parte importante de lo que es Ucrania.

A estos antecedentes se suma la proclamación de la independencia de dos repúblicas de la parte del sur este de Ucrania, en la región del Donbass. Putin les apoya. Y empieza a utilizarse los preparativos para la invasión de Ucrania. Solo la CIA y los servicios de información de Estados Unidos eran los que insistían en que la invasión era inminente.

¿Por qué ahora y no en 2014? Porque Putin es consciente que actualmente hay una debilidad de occidente que no existía en 2014, aunque la tibieza de la respuesta de la comunidad internacional a la invasión de Crimea ya adelantaba la debilidad occidental.

¿Y por qué entiende Putin que este es un momento de especial debilidad de occidente?. ¿Cuáles son las manifestaciones de esta debili-

dad?. Primero, Biden es un presidente cuestionado por la mitad de los EEUU, por el partido republicano. La división de Estados Unidos y su polarización en torno a Biden o, en consecuencia, de Trump pone de manifiesto esa debilidad. Segundo, la retirada de OTAN - no solo de los EEUU - de Afganistán no es una simple retirada militar, pues consiste en una derrota clara de occidente. Tercero, Francia se encontraba en su campaña electoral, en la cual Macron buscaba su reelección. Cuarto, el primer ministro de Gran Bretaña, Boris Johnson, fue descubierto en sus fiestas particulares clandestinas a lo largo de la pandemia, lo que disminuyó su popularidad, afectando políticamente a su propio partido en el parlamento. Quinto, Angela Merkel deja de ser la Canciller de Alemania, siendo reemplazada por Olaf Scholz, quien no tiene la experiencia suficiente. Por tanto, se superponen un conjunto de factores que explicarían por qué Putin invadió Ucrania en este momento y no antes.

Alcance geopolítico del conflicto

¿Qué significa la invasión de Ucrania? Significa la ruptura del orden internacional. Implica volver al año 1945 o antes, cuando invadir el país vecino era algo que estaba al alcance de cualquiera. Europa, que había vivido en años de paz desde la construcción de la UE, exceptuando la guerra de los Balcanes, se ve arrastrada a una situación de conflicto. En definitiva, volvemos a la polarización.

Es verdad que en el mundo las dos grandes potencias son los Estados Unidos y China y, por tanto, desde este punto de vista Rusia no es aquí un factor determinante como lo fue en el pasado. Con todo, Rusia ha ido ocupando el espacio que Estados Unidos ha ido dejando en el exterior. En ese contexto hay que entender por qué de la invasión por parte de Putin hace resurgir una nueva guerra fría.

Putin amenaza con el uso del arma nuclear. No es fácil pensar que eso sea factible y se pueda caer en esa tentación, pero hay que tener presente dos consideraciones: primero, de la misma manera en que

antes recordé que todos creíamos que Putin nunca invadiría Ucrania, que creíamos a Putin, a los portavoces del Kremlin, a diversos embajadores de países europeos que nunca habría invasión de Ucrania y nos equivocamos, ahora también cabe el riesgo de un nuevo error. De hecho, tanto Putin como su Ministro de Relaciones Exteriores han hecho alusión expresa a ello, por tanto, siempre cabe esa posibilidad. ¿Difícil? Sí, pero no imposible. La segunda consideración a tener presente es que no hay nada peor que humillar a un dictador y el mundo occidental se encuentra ante una gran contradicción. Estados Unidos y la UE están ayudando a Ucrania a vencer en la guerra a Rusia, incluso a vencerle en Donbass. Si esto ocurre, se estará perpetuando una humillación a Putin y, en consecuencia, acrecienta el riesgo de un conflicto nuclear.

Todas las guerras acaban, y ésta, por supuesto, también. Pero no sabemos cuándo. Al principio tendimos a sobrevalorar al ejército ruso, ahora podemos tener el defecto de subestimar ese mismo ejército. El desarrollo de la guerra ha permitido ver que no había que sobrevalorar ese ejército ruso, pero tampoco ahora deberíamos caer en la tentación de subestimar al mismo, pues es lo que los rusos quieren y es lo que Putin quiere.

Putin está humillando a su propio país. Con el control que tiene Putin en los medios de comunicación, la mayor parte de la población rusa no sabe exactamente lo que está sucediendo. En cualquier caso, lo que especialmente persigue Putin es quedarse con la zona del Donbass y con ello intentar ocupar todo el sur de Ucrania hasta Crimea. Como consecuencia de lo anterior, Rusia controlaría casi totalidad de los puertos ucranianos y, por tanto, tendría mayor margen de maniobra en el mar negro.

Consecuencias de la guerra

Rusia nunca ha dicho que se encuentra en una guerra, sino que está realizando unas maniobras determinadas para liberar a Ucrania de

sus dirigentes nazis y porque para él Ucrania no tiene personalidad propia, sino que la ve como una parte de la gran Rusia y considera, por tanto, que no debiera existir Ucrania como nación. Es una manifestación del nacionalismo agresivo de Putin.

Como antes decía, no sabemos cómo ni cuándo puede acabar este conflicto. Lo que sí sabemos es que sería necesaria una negociación (cuanto antes mejor) y al menos una tregua, debido a que las consecuencias de una guerra no se limitan a Ucrania.

Por supuesto, son los ucranianos los primeros en verse afectados. Del total de su población, aproximadamente el 39% no viven en sus domicilios, muchos de ellos han salido a las fronteras de Ucrania y otros están ubicados en otras partes de su país.

El mundo ha asistido a imágenes de lo que significa destrozarse un país que luego habrá que reconstruir y que, por supuesto, Europa y Estados Unidos deberán pagar, porque en la reconstrucción habrá que ayudar solidariamente a los ucranianos. En este marco, más que nunca se hace necesaria la negociación.

Fundamentalmente, Estados Unidos pero, también, China, se han inhibido de su potencial negociador. Deberían sentir la responsabilidad ante el impacto de este conflicto, que no alcanza solamente a los ucranianos, sino que sus efectos se han expandido al comercio internacional, afectando a todo el mundo. En el caso de África, la crisis alimentaria es extraordinaria, ya que se habla por parte de la FAO que 50 millones más de personas sufrirán hambre y, sin embargo, ni Estados Unidos ni China han hecho algo significativo al respecto.

Se dice que Estados Unidos apuesta a que la guerra desgaste a Rusia y a Putin, lo que provocaría finalmente que Putin claudique en su intención de mantener el conflicto. Esa es una reflexión apta para un contexto democrático, pero no es una reflexión apta para la situación de la Rusia autocrática, por lo tanto, es plausible pensar que Estados Unidos está siendo negligente en su responsabilidad como potencia global.

Hay quien dice que la guerra es mala para todos, salvo para unos pocos, como lo es el caso de la industria armamentista de los Estados Unidos, y que en cualquiera de los casos los estadounidenses no saldrían mal parados de esta guerra, pues están probando sus armas. Por otra parte, Europa tiene una gran dependencia energética del gas ruso. Por lo mismo, los recortes de combustible los está cubriendo, entre otras cosas, con mayor compra de gas a los Estados Unidos.

Es verdad que Estados Unidos se ve afectado comercialmente por el impacto de la crisis actual y que puede sufrir una recesión económica, especialmente si la provoca en Alemania, pero de entrada es absurdo haber dejado simplemente en manos de Turquía, por parte de la alianza atlántica, la posible negociación o mediación entre las partes para que hubiese una tregua y luego un acuerdo de paz.

La misma ausencia se ha visto en China. Es posible que situaciones internas estén poniendo de relieve la gestión del COVID-19 y la prueba son las ciudades de Shanghái y Pekín, las cuales han mantenido completamente cerradas toda sus actividades. Pero China no quiere tampoco incomodar a Rusia.

Lamentablemente, esta guerra también ha provocado un momento difícil para la UE y para la OTAN. En relación con ella, hace poco más de un año el Presidente reelecto francés, Emmanuel Macron, decía que la OTAN estaba en muerte cerebral. Es evidente que Putin ha dado vida a la OTAN y la ha reanimado. Esa reanimación ha permitido ver que hay países europeos donde la OTAN tiene una mayor importancia que la UE; por ejemplo, Polonia tiene mucho mayor interés en su implicación con la OTAN que en su relación con la UE. Se sienten más identificado con Estados Unidos que con los propios planteamientos de la UE. Esa es también una consecuencia del resultado de esta invasión de Ucrania por parte de Rusia.

A pesar de eso, es un buen momento para la UE, pues ante esta crisis de la invasión de Ucrania por parte de Rusia, la respuesta que Europa está dando da una oportunidad para seguir avanzando y consolidando

nuestro proyecto propio. Habrá muchas dificultades, pero de golpe y porrazo Europa, que le cuesta ponerse de acuerdo, genera una nueva geopolítica. Europa se da cuenta de que tiene que acabar con la dependencia exterior y dejar de no invertir en presupuestos de defensa propia. Alemania, que durante toda la época democrática después de la segunda guerra mundial se ha retraído de los conflictos bélicos, no ha hecho inversión en presupuesto de defensa, en estos momentos sus dirigentes anuncian con apoyo de la sociedad y apoyo de todos los partidos políticos una inversión en los puestos de defensa y la implicación en el conflicto ayudando a Ucrania con armamento para poder combatir a Rusia.

Por otra parte, de la misma manera que esta nueva guerra fría provoca una polarización entre dos polos en el mundo para efectos políticos y bélicos, también la propia Organización Mundial del Comercio (OMC) sostiene que puede haber consecuencias comerciales y que el intercambio entre los bloques dejará de ser una realidad en el futuro, pudiendo provocar una pérdida de 5 puntos del producto bruto mundial. Así mismo, la globalización, tal como la entendíamos, que ha generado cosas injustas, pero también tantos beneficios, no va a ser igual porque Europa no puede permitir que sus fábricas tengan que cerrar porque falta un componente que llega de China o de cualquier otro país o por un suministro energético que, como consecuencia de un conflicto geopolítico, dejan de tener el suministro de energía eléctrica.

Por tanto, no es por criterios nacionalistas sino por criterios pragmáticos, debido a que el mundo va a regirse en el futuro por reglas distintas a las hasta entonces conocidas. No se trata de creer que la globalización se acabó, sino de pensar que la globalización va a variar en los términos en que hemos vivido.

Por otra parte, lo curioso es que las sanciones que la UE impuso a Rusia acaban afectando también a la UE. Estas sanciones afectan al comercio internacional, provocando escasez de alimentos, el incremento de precios y, por tanto, provoca la inflación y eventualmente

hambruna. Cabe recordar que las hambrunas a veces son origen de conflictos políticos importantes.

En el caso de las primaveras árabes, hubo una tendencia a suponer que la reivindicación fundamental de los países involucrados era el deseo de democracia, lo cual no era cierto, sino que obedecía a una obsesión de occidente de trasladar nuestro modelo democrático a países de modelos distintos. Por ejemplo, en el caso de Egipto, no eran deseos de democracia lo que enarbolaban los líderes de esa primavera árabe, sino que en el fondo era una respuesta a un problema crucial que es la escasez de trigo. Por tanto, fue el hambre la razón más relevante de la explosión de la primavera árabe en Egipto. Como se pudo apreciar, fue esa hambruna la que se va a proyectar básicamente en África y que sería la base del conflicto.

Es curioso evidenciar que hay mucha presencia de Rusia en África. Por ejemplo, dicho país cuenta en Libia con ejércitos privados. En Siria, hay presencia en materia de inversión rusa. Moscú, al igual que Beijing, son potencias que invierten en los países sin preguntar ni incomodar a los países del sur global acerca de sus formas de gobierno o principios democráticos, lo que conlleva una mayor simpatía por esos estados. Esa es otra lección que Europa especialmente debería aprender como consecuencia de esta guerra.

Finalmente, recordar que Putin no está del todo aislado, ni siquiera completamente de la UE. Por ejemplo, en el caso de Italia, Berlusconi, Salvini o Meloni se declaran, de una manera u otra, amigos o admiradores de Putin. Enrico Letta, ex dirigente demócrata cristiano, secretario del partido democrático, el principal partido hoy en las encuestas de Italia es crítico con la invasión y favorable a las tesis de la UE y la OTAN ha tenido que recurrir a un refuerzo de su seguridad personal.

Conclusiones

El conflicto bélico entre Rusia y Ucrania ha puesto nuevamente en tensión la relación entre occidente y Rusia, haciendo que la OTAN vuelva a tener relevancia estratégica para la zona europea.

A Putin no le asiste la razón, pero encuentra razones para explicar su ilegítima invasión en el incumplimiento de la OTAN y de la UE de las promesas acerca de la no expansión de la alianza militar a las fronteras con Rusia, lo que les permite pretender justificar su ilegal invasión como una acción militar preventiva.

Este conflicto ha puesto en evidencia la falta de capacidad de los mecanismos multilaterales y de las grandes potencias para impedir la continuidad de la guerra. Rusia ha sabido aprovechar la debilidad circunstancial de Occidente para dar un golpe sobre el tablero mundial.

Sin duda, Putin no está solo, hay una tentación de decir que Putin está aislado por la comunidad internacional, lo cual no es cierto. Putin está aislado del mundo occidental, particularmente de Estados Unidos, Japón, Australia y la UE. Sin embargo, no se aprecia la misma posición en todos los países latinoamericanos, en África, Oriente Medio y, por supuesto, en China, quien muestra una posición eclíptica, con grandes guiños al Kremlin. Así mismo, en la India y el sureste asiático no ha habido el mismo tipo de condena y reacción respecto a la que ha habido en la UE o en Estados Unidos y sus aliados principales.

ANEXO 1

**FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA
DIFERENDO SOBRE LA SITUACIÓN Y USO DE LAS AGUAS
DEL RÍO SILALA**

CHILE VS. BOLIVIA

1 DECEMBER 2022
JUDGMENT

* * *

DISPUTE OVER THE STATUS AND USE OF THE WATERS OF
THE SILALA

(CHILE *v.* BOLIVIA)

* * *

DIFFÉREND CONCERNANT LE STATUT ET L'UTILISATION DES
EAUX DU SILALA

(CHILI *c.* BOLIVIE)

1^{er} DÉCEMBRE 2022 ARRÊT

TABLE OF CONTENTS

L. CHRONOLOGY OF THE PROCEDURE

II. GENERAL BACKGROUND

EXISTENCE AND SCOPE OF THE DISPUTE: GENERAL CONSIDERATIONS

III. CLAIMS OF CHILE

1. Submission (*a*): the Silala River system as an international watercourse governed by customary international law
2. Submission (*b*): Chile's entitlement to the equitable and reasonable utilization of the waters of the Silala River system
3. Submission (*c*): Chile's entitlement to its current use of the waters of the Silala River system
4. Submission (*d*): Bolivia's obligation to prevent and control harm resulting from its activities in the vicinity of the Silala River system
5. Submission (*e*): Bolivia's obligation to notify and consult with respect to measures that may have an adverse effect on the Silala River system

A. Applicable legal framework

B. Threshold for the application of the obligation to notify and consult under customary international law

B. Question of Bolivia's compliance with the customary obligation to notify and consult

IV. COUNTER-CLAIMS OF BOLIVIA

1. Admissibility of the counter-claims
2. First counter-claim: Bolivia's alleged sovereignty over the artificial channels and drainage mechanisms installed in its territory
3. Second counter-claim: Bolivia's alleged sovereignty over the

“artificial” flow of Silala waters engineered, enhanced or produced in its territory

4. 4. Third counter-claim: the alleged need to conclude an agreement for any future delivery to Chile of the “enhanced flow” of the Silala

OPERATIVE CLAUSE

* * *

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2022

1 December General List No. 162

1 December 2022

DISPUTE OVER THE STATUS AND USE OF THE WATERS OF
THE SILALA

(CHILE v. BOLIVIA)

Geography of the Silala River — Concessions granted by the Parties for use of the Silala waters — Channelization works carried out in Bolivian territory — Question of status of the Silala and character of its waters had become point of contention by 1999 — Failure of attempts to reach bilateral agreement — Decision by Chile to request Judgment from the Court.

* * *

The Court's jurisdiction under Article XXXI of Pact of Bogotá — Existence of a dispute is a condition of the Court's jurisdiction under this provision — Dispute must continue to exist at time when the Court makes its decision — Events occurring subsequent to filing of an application may render application without object — The Court has to ascertain whether specific claims have become without object — Request by each Party for declaratory judgment — No call for declaratory judgment if the Court finds that parties have come to agree in substance regarding a claim or counter-claim — The Court will take note of any such agreement and conclude that a claim or counter-claim has become without object — The Court will not pronounce on any hypothetical situation which may arise in future.

* * *

Claims of Chile.

Submission (a): the Silala River system is an international watercourse governed by international law.

The respective rights and obligations of the Parties are governed by customary international law — Chile’s submission that the Silala waters are an international watercourse which are governed in their entirety by customary international law rules relating to international watercourses — Bolivia’s position during written phase of proceedings that rules on non-navigational uses of international watercourses under customary international law do not apply to “artificially enhanced” surface flow of the Silala — Positions of the Parties have converged in course of proceedings — Acknowledgment by Bolivia during oral proceedings that the Silala waters qualify in their entirety as an international watercourse under customary international law, which applies both to “naturally flowing” waters and “artificially enhanced” surface flow of the Silala — Parties agree with respect to legal status of the Silala River system as an international watercourse and on applicability of customary international law on non-navigational uses of international watercourses to all waters of the Silala — Claim made by Chile in its final submission (a) no longer has any object — The Court is therefore not called upon to give decision thereon.

* * *

Submission (b): Chile’s entitlement to equitable and reasonable utilization of waters of the Silala River system.

Claim of Chile positively opposed by Bolivia when proceedings were instituted — Parties have come to agree that principle of equitable and reasonable utilization applicable to entirety of waters of the Silala — Parties agree that they are both entitled to equitable and reasonable utilization of the Silala waters — Not for the Court to address hypothetical difference of opinion regarding future use of these waters — Claim made by Chile in its final submission (b) no longer has any object — The Court is therefore not called upon to give decision thereon.

* * *

Submission (c): Chile's entitlement to its current use of waters of the Silala River system.

Claim of Chile regarding "artificially enhanced" parts of the Silala flow initially positively opposed by Bolivia — Parties now agree that Chile has right to use of equitable and reasonable share of waters irrespective of "natural" or "artificial" character or origin of water flow — No claim by Bolivia in these proceedings that Chile owes compensation for past uses of waters of the Silala — Chile not claiming acquired right to current rate of flow and volume of water — Statements by Chile that it is within Bolivia's sovereign powers to dismantle channels and to restore wetlands in its territory — Claim made by Chile in its final submission (c) no longer has any object — The Court is therefore not called upon to give decision thereon.

* * *

Submission (d): Bolivia under obligation to take all appropriate measures to prevent and control pollution and other forms of harm to Chile resulting from its activities in vicinity of the Silala River system.

Parties agree that they are bound by customary obligation to prevent significant transboundary harm — Obligation may encompass duty to notify and exchange information, and duty to conduct environmental impact assessment — Contention by Bolivia during written proceedings that obligation to prevent significant transboundary harm only applicable to naturally flowing waters of the Silala — Recognition by Bolivia during oral proceedings that this obligation is applicable to the Silala waters in their entirety — Parties in agreement on threshold for application of obligation of prevention of transboundary harm — Claim made by Chile in its final submission (d) no longer has any object — The Court is therefore not called upon to give decision thereon.

* * *

Submission (e): Bolivia under obligation to notify and consult with respect to measures that may have adverse effect on the Silala River system.

Disagreement concerning scope of obligation to notify and consult, threshold for its application and whether Bolivia complied with it — The Silala is international watercourse subject in its entirety to customary international law — Right of riparian State under customary international law to equitable and reasonable sharing of resources of international watercourse — Corresponding obligation not to exceed that entitlement by depriving other riparian States of equivalent right to reasonable use and share — Obligation to take all appropriate measures to prevent causing significant harm to other riparian States — Procedural obligations to co-operate, notify and consult as important complement to substantive obligations — Obligation of riparian State under customary international law to notify and consult other riparian State with regard to any planned activity that poses risk of significant harm to latter State — Question of Bolivia's compliance with obligation to notify and consult — Failure of Chile to demonstrate any risk of significant harm linked to measures planned or carried out by Bolivia — Bolivia has not breached obligation to notify and consult — Claim made by Chile in its final submission (e) rejected.

* * *

Counter-claims of Bolivia.

Admissibility of Bolivia's counter-claims.

Conditions set out in Article 80, paragraph 1, of the Rules of Court — Counter-claim must come within jurisdiction of the Court and be directly connected with subject-matter of claim of other party — The Court's jurisdiction over Bolivia's counter-claims based on Article XXXI of Pact of Bogotá — Counter-claims directly connected with subject-matter of principal claims — Counter-claims not offered merely as defences to Chile's submissions, but set out separate claims — Bolivia's counter-claims are admissible.

* * *

First counter-claim: Bolivia's alleged sovereignty over artificial channels and drainage mechanisms installed in its territory.

Parties in agreement that Bolivia has sovereign right to construct, maintain or dismantle infrastructure in its territory — That right to be exercised in accordance with applicable rules of customary international law — Bolivia may rely on Chile's acceptance of Bolivia's right to dismantle the channels — No disagreement regarding Bolivia's right to dismantle installations in its territory — The Court may pronounce only on dispute that continues to exist at time of adjudication — Counter-claim made by Bolivia in its final submission (a) no longer has any object — The Court is therefore not called upon to give decision thereon.

* * *

Second counter-claim: Bolivia's alleged sovereignty over the "artificial" flow of the Silala waters engineered, enhanced or produced in its territory.

Bolivia no longer claims right to determine conditions and modalities for delivery of artificially flowing waters of the Silala — Neither does Bolivia claim that any use of such waters by Chile is subject to Bolivia's consent — Bolivia seeking declaration that Chile does not have acquired right to maintenance of current situation — Statement by Chile that it is not claiming such an "acquired right" — Recognition by Chile that any reduction in flow of waters of the Silala into Chile resulting from dismantlement of infrastructure would not in itself constitute violation by Bolivia of its obligations under customary international law — Counter-claim made by Bolivia in its final submission (b) no longer has any object — The Court is therefore not called upon to give decision thereon.

* * *

Third counter-claim: alleged need to conclude agreement between the Parties for any future delivery to Chile of "enhanced flow" of the Silala.

Bolivia seeking opinion from the Court on future, hypothetical situation — Not for the Court to pronounce on hypothetical situations — The Court may rule only in connection with concrete cases where actual dispute between the parties exists at time of adjudication — Counter-claim made by Bolivia in its final submission (c) rejected.

JUDGMENT

Present: President DONOGHUE; Vice-President GEVORGIAN; Judges TOMKA, ABRAHAM, BENNOUNA, YUSUF, XUE, SEBUTINDE, BHANDARI, ROBINSON, SALAM, IWASAWA, NOLTE, CHARLES-WORTH; Judges ad hoc DAUDET, SIMMA; Registrar GAUTIER.

In the case concerning the dispute over the status and use of the waters of the Silala, between

the Republic of Chile,

represented by

H.E. Ms Ximena Fuentes Torrijo, Vice-Minister for Foreign Affairs of the Republic of Chile, Professor of Public International Law, University of Chile,

as Agent, Counsel and Advocate;

Ms Carolina Valdivia Torres, Former Vice-Minister for Foreign Affairs of the Republic of Chile,

as Co-Agent;

H.E. Ms Antonia Urrejola Noguera, Minister for Foreign Affairs of the Republic of Chile,

H.E. Mr. Hernán Salinas Burgos, Ambassador of the Republic of Chile to the Kingdom of the Netherlands,

as National Authorities;

Mr. Alan Boyle, Emeritus Professor of Public International Law, University of Edinburgh, Barrister, Essex Court Chambers, member of the Bar of England and Wales,

Ms Laurence Boisson de Chazournes, Professor of International Law and International Organization, University of Geneva, member of the Institute of International Law,

Ms Johanna Klein Kranenberg, Legal Adviser and General Coordinator, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Chile,

Mr. Stephen McCaffrey, Carol Olson Endowed Professor of International Law, University of the Pacific, McGeorge School of Law, former Chair of the International Law Commission,

Mr. Samuel Wordsworth, KC, Barrister, Essex Court Chambers, member of the Bar of England and Wales, member of the Paris Bar,

as Counsel and Advocates;

Ms Mariana Durney, Professor and Head of Department of International Law, Pontificia Universidad Católica de Chile,

Mr. Andrés Jana Linetzky, Professor of Civil Law, University of Chile,

Ms Mara Tignino, Reader, University of Geneva, Lead Legal Specialist of the Platform for International Water Law at the Geneva Water Hub,

Mr. Claudio Troncoso Repetto, Professor and Head of Department of International Law, University of Chile,

Mr. Luis Winter Igualt, former Ambassador of the Republic of Chile,

Professor of International Law, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso and Universidad de Los Andes,

as Counsel;

Ms Lorraine Aboagye, Barrister, Essex Court Chambers, member of the Bar of England and Wales,

Ms Justine Bendel, Lecturer in Law, University of Exeter, Marie Curie Fellow at the University of Copenhagen,

Ms Marguerite de Chaisemartin, JSD Candidate, University of the Pacific, McGeorge School of Law,

Ms Valeria Chiappini Koscina, Legal Adviser, National Directorate for State Borders and Boundaries, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Chile,

Ms María Trinidad Cruz Valdés, Legal Adviser, National Directorate for State Borders and Boundaries, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Chile,

Mr. Riley Denoon, JSD Candidate, University of the Pacific, McGeorge School of Law, member of the Bars of the provinces of Alberta and British Columbia,

Mr. Marcelo Meza Peñafiel, Legal Adviser, National Directorate for State Borders and Boundaries, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Chile,

Ms Beatriz Pais Alderete, Legal Adviser, National Directorate for State Borders and Boundaries, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Chile,

as Legal Advisers;

Mr. Coalter G. Lathrop, Special Adviser, Sovereign Geographic, member of the Bar of the State of North Carolina,

as Scientific Adviser;

Mr. Jaime Moscoso Valenzuela, Minister Counsellor, Embassy of the Republic of Chile in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Hassán Zeran Ruiz-Clavijo, First Secretary, Embassy of the Republic of Chile in the Kingdom of the Netherlands,

Ms María Fernanda Vila Pierart, First Secretary, Embassy of the Republic of Chile in the Kingdom of the Netherlands,

Mr. Diego García González, Second Secretary, Embassy of the Republic of Chile in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Josephine Schiphorst, Executive Assistant to the Ambassador, Embassy of the Republic of Chile in the Kingdom of the Netherlands,

Ms Devon Burkhalter, Farm Press Creative, Mr. David Swanson, Swanson Land Surveying, as Assistant Advisers,

and

the Plurinational State of Bolivia, represented by

H.E. Mr. Roberto Calzadilla Sarmiento, Ambassador of the Plurinational State of Bolivia to the Kingdom of the Netherlands,

as Agent;

H.E. Mr. Rogelio Mayta Mayta, Minister for Foreign Affairs of the Plurinational State of Bolivia,

Mr. Freddy Mamani Laura, President of the Chamber of Deputies of the Plurinational State of Bolivia,

Ms Trinidad Rocha Robles, President of the International Policy Commission of the Chamber of Senators of the Plurinational State of Bolivia,

Mr. Antonio Colque Gabriel, President of the Commission for International Policy and Protection for Migrants of the Chamber of Deputies of the Plurinational State of Bolivia,

H.E. Mr. Freddy Mamani Machaca, Vice-Minister for Foreign Affairs of the Plurinational State of Bolivia,

Mr. Marcelo Bracamonte Dávalos, General Adviser to the Minister for Foreign Affairs of the Plurinational State of Bolivia,

as National Authorities;

Mr. Alain Pellet, Professor Emeritus of the University Paris Nanterre, former Chairman of the International Law Commission, President of the Institut de droit international,

Mr. Rodman R. Bundy, former *avocat à la Cour d'appel de Paris*, member of the Bar of the State of New York, partner, Squire Patton Boggs LLC, Singapore,

Mr. Mathias Forteau, Professor, University Paris Nanterre, member of the International Law Commission,

Mr. Gabriel Eckstein, Professor of Law, Texas A&M University, member of the Bar of the State of New York and the Bar of the District of Columbia,

as Counsel and Advocates;

Mr. Emerson Calderón Guzmán, Professor of Public International Law, Universidad Mayor de San Andrés and Secretary General of the Strategic Directorate for Maritime Claims, Silala and International Water Resources (DIREMAR),

Mr. Francesco Sindico, Associate Professor of International Environmental Law, University of Strathclyde Law School, Glasgow, and Chairman of the IUCN World Commission on Environmental Law Climate Change Law Specialist Group,

Ms Laura Movilla Pateiro, Associate Professor of Public International Law, University of Vigo,

Mr. Edgardo Sobenes, Consultant in International Law (ESILA), Ms Héloïse Bajer-Pellet, member of the Paris Bar,

Mr. Alvin Yap, Advocate and Solicitor of the Supreme Court of Singapore, Associate, Squire Patton Boggs LLP, Singapore,

Mr. Ysam Soualhi, Researcher, Centre Jean Bodin, University of Angers, as Counsel;

Ms Alejandra Salinas Quiroga, DIREMAR,

Ms Fabiola Cruz Morena, Embassy of the Plurinational State of Bolivia in the Kingdom of the Netherlands,

as Technical Assistants,

THE COURT,

composed as above, after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. On 6 June 2016, the Government of the Republic of Chile (hereinafter “Chile”) filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the Plurinational State of Bolivia (hereinafter “Bolivia”) with regard to a dispute concerning the status and use of the waters of the Silala.

2. In its Application, Chile sought to found the Court’s jurisdiction on Article XXXI of the American Treaty on Pacific Settlement signed on 30 April 1948, officially designated, according to Article LX thereof, as the “Pact of Bogotá” (hereinafter referred to as such).

3. The Registrar immediately communicated the Application to the Bolivian Government, in accordance with Article 40, paragraph 2, of the Statute of the Court. He also notified the Secretary-General of the United Nations of the filing of the Application by Chile.

4. In addition, by letters dated 20 June 2016, the Registrar informed all Member States of the United Nations of the filing of the above-mentioned Application.

5. Pursuant to Article 40, paragraph 3, of the Statute of the Court, the Registrar subsequently notified the Members of the United Nations through the Secretary-General of the filing of the Application, by transmission of the printed bilingual text.

6. Since the Court included upon the Bench no judge of the nationality of either Party, each Party proceeded to exercise the right conferred upon it by Article 31, paragraph 3, of the Statute of the Court to choose a judge *ad hoc* to sit in the case. Chile chose Mr. Bruno Simma, and Bolivia, Mr. Yves Daudet.

7. By an Order of 1 July 2016, the Court fixed 3 July 2017 and 3 July 2018 as the respective time-limits for the filing of a Memorial by Chile and a Counter-Memorial by Bolivia. Chile filed its Memorial within the time-limit thus fixed.

8. By a communication dated 10 July 2017, the Government of the Republic of Peru, referring to Article 53, paragraph 1, of the Rules of Court, asked to be furnished with copies of the pleadings and documents annexed in the case. Having ascertained the views of the Parties in accordance with that same provision, the President of the Court decided to grant that request. The Registrar duly communicated that decision to the Government of Peru and to the Parties.

9. By an Order of 23 May 2018, the Court, at the request of Bolivia, extended until 3 September 2018 the time-limit for the filing of the Counter-Memorial. Bolivia filed its Counter-Memorial within the time-limit thus extended. In Chapter 6 of its Counter-Memorial, Bolivia, making reference to Article 80 of the Rules of Court, submitted three counter-claims.

10. At a meeting held by the President of the Court with the representatives of the Parties on 17 October 2018, Chile indicated that it did not intend to contest the admissibility of the counter-claims of Bolivia

and that a second round of written pleadings was not warranted. Bolivia expressed the view that a second round of written pleadings was necessary so that both Parties could properly address the factual and legal issues raised, in particular those underpinning the counter-claims.

11. In an Order dated 15 November 2018, the Court stated that, in the absence of any objection by Chile to the admissibility of Bolivia's counter-claims, it did not consider that it was required to rule definitively at that stage on the question of whether the conditions set forth in Article 80, paragraph 1, of the Rules of Court had been fulfilled. The Court further indicated that it considered a second round of written pleadings limited to the Respondent's counter-claims to be necessary. By the same Order, it thus directed the submission of a Reply by Chile and a Rejoinder by Bolivia and fixed 15 February 2019 and 15 May 2019 as the respective time-limits for the filing of those written pleadings. The Reply and the Rejoinder were filed within the time-limits thus fixed.

12. By an Order of 18 June 2019, the Court authorized the submission by Chile of an additional pleading relating solely to the counter-claims of Bolivia and fixed 18 September 2019 as the time-limit for the filing of that pleading. Chile filed its additional pleading within the time-limit thus fixed.

13. By a letter dated 5 November 2018, Chile requested that Bolivia make available certain digital data used in support of the technical report and conclusions contained in Annex 17 of its Counter-Memorial. By the same letter, Chile also requested that Bolivia communicate certain documents referred to in Annexes 17 and 18 of its Counter-Memorial, which were not publicly available and were not filed by Bolivia as part of its pleading. By a letter dated 27 May 2019, Chile further requested Bolivia to provide the digital data referred to in Annex 25 of Bolivia's Rejoinder. In the course of various exchanges of correspondence between the Parties, Bolivia furnished the documents and digital data requested by Chile.

14. By a letter dated 3 September 2019, Bolivia requested Chile to furnish certain documents referred to in Appendix A to Annex II of Volume 4 and Annex 55 of Volume 3 of its Memorial. In response, Chile provided eleven of the requested documents but indicated that two documents had not been found.

15. By letters dated 15 October 2021, the Registrar informed the Parties that the Court had decided that hearings would be held from 1 to 14 April 2022. A detailed schedule of the hearings was communicated to the Parties under cover of that letter. The Parties were also informed that, pursuant to the decision of the Court, each of them was requested to call during the course of the hearings the experts whose reports were annexed to the written pleadings and to provide, by 14 January 2022, a written statement summarizing those reports. The Parties were instructed that those written statements should be limited in content to a summary of the experts' findings already provided in their reports and should set out the points on which the Parties considered themselves to be in agreement, while primarily focusing on the issues on which the experts remained divided. The Parties were informed, moreover, that no further written comments or observations on the written statements would be accepted

16. By the same letters, the Registrar notified the Parties of the following details regarding the procedure for examining the experts at the hearing. After having made the solemn declaration required under Article 64 of the Rules of Court, the experts would be asked by the Party calling them to confirm their written statement. The written statements would therefore replace the examination-in-chief. The other Party would then have an opportunity for cross-examination on the content of the experts' written statement or their earlier reports. Re-examination would thereafter be limited to subjects raised in cross-examination. In cross-examination and re-examination, the questions would be addressed collectively to the group of experts being heard, and it would be up to the latter to decide as to who should reply to a particular question. Finally, the judges would also have an opportunity to put questions to the experts.

17. Chile and Bolivia filed the written statements summarizing the experts' reports within the time-limit as fixed by the Court (see paragraph 15 above). The written statement of the experts appointed by Chile was prepared by Drs. Howard Wheeler and Denis Peach, and that of the experts appointed by Bolivia was prepared by Mr. Roar A. Jensen, Dr. Torsten V. Jacobsen and Mr. Michael M. Gabora, on behalf of DHI (formerly named "Dansk Hydraulisk Institut" (Danish Hydraulic Institute)).

18. By letters dated 15 February 2022, the Registrar informed the Parties that, having considered the ongoing restrictions in place as a result of the COVID-19 pandemic, the Court had decided that the hearings would be held in a hybrid format, in accordance with Article 59, paragraph 2, of the Rules of Court, and on the basis of the Court's Guidelines for the parties on the organization of hearings by video link, adopted on 13 July 2020. A revised schedule of the hearings was subsequently communicated to them.

19. Pursuant to Article 53, paragraph 2, of its Rules, the Court, after ascertaining the views of the Parties, decided that copies of the written pleadings and the documents annexed thereto, as well as the written statements of the experts, would be made accessible to the public on the opening of the oral proceedings.

20. Hybrid public hearings were held on 1, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 13 and 14 April 2022. During the oral proceedings, a number of judges were present in the Great Hall of Justice, while others joined the proceedings via video link, which allowed them to view and hear the speaker and see any demonstrative exhibits displayed. Each Party was permitted to have up to eight representatives present in the Great Hall of Justice and was offered the use of an additional room in the Peace Palace, from which members of the delegation were able to follow the proceedings remotely. The members of each Party's delegation were also given the opportunity to participate via video link from

other locations of their choice. The experts called by the Parties participated in the hearings in person.

21. During the above-mentioned hearings, the Court heard the oral arguments and replies of:

For Chile:

H.E. Ms Ximena Fuentes Torrijo, Mr. Alan Boyle,

Ms Laurence Boisson de Chazournes, Ms Johanna Klein Kranenberg,

Mr. Stephen McCaffrey, Mr. Samuel Wordsworth.

For Bolivia:

H.E. Mr. Roberto Calzadilla Sarmiento, Mr. Alain Pellet,

Mr. Rodman R. Bundy, Mr. Mathias Forteau, Mr. Gabriel Eckstein.

22. The experts called by the Parties were heard at two public hearings, in accordance with Article 65 of the Rules of Court. On the afternoon of 7 April 2022, Chile called Drs. Howard Wheeler and Denis Peach as experts; and on the afternoon of 8 April 2022, Bolivia called Mr. Roar A. Jensen, Dr. Torsten V. Jacobsen and Mr. Michael M. Gabora as experts. The experts were cross-examined and re-examined by counsel for the Parties. Members of the Court put questions to the experts, to which replies were given orally.

23. At the hearings, a Member of the Court also put a question to Chile, to which a reply was given in writing, pursuant to Article 61, paragraph 4, of the Rules of Court. In accordance with Article 72 of the Rules, Bolivia submitted comments on the written reply provided by Chile.

24. In the course of the hearings, by a letter dated 5 April 2022, the Agent of Chile, referring to Article 56 of the Rules of Court and Prac-

tice Direction IX, requested the inclusion in the case file of a document referred to as “Draft Agreement of 2019”, together with its accompanying letter from the Vice-Minister for Foreign Affairs of Chile to her Bolivian counterpart. In accordance with Article 56, paragraph 1, of the Rules of Court, copies of the above-mentioned document and covering letter were communicated to the other Party, which was requested to inform the Court of any observations that it might wish to make with regard to the production of this document. By a letter dated 6 April 2022, the Agent of Bolivia informed the Court that his Government “ha[d] no objection” to Chile’s request. By letters also dated 6 April 2022, the Registrar informed the Parties that, taking into account the lack of objection by Bolivia to the production of the above-mentioned document, the document had accordingly been added to the case file.

* * *

25. In the Application, the following claims were made by Chile:

“Based on the foregoing statement of facts and law, and reserving the right to modify the following requests, Chile requests the Court to adjudge and declare that:

- (a) The Silala River system, together with the subterranean portions of its system, is an international watercourse, the use of which is governed by customary international law;
- (b) Chile is entitled to the equitable and reasonable use of the waters of the Silala River system in accordance with customary international law;
- (c) Under the standard of equitable and reasonable utilization, Chile is entitled to its current use of the waters of the Silala River;
- (d) Bolivia has an obligation to take all appropriate measures to prevent and control pollution and other forms of harm to Chile resulting from its activities in the vicinity of the Silala River;

(e) Bolivia has an obligation to co-operate and to provide Chile with timely notification of planned measures which may have an adverse effect on shared water resources, to exchange data and information and to conduct where appropriate an environmental impact assessment, in order to enable Chile to evaluate the possible effects of such planned measures, obligations that Bolivia has breached.”

26. In the written proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Chile,

in the Memorial:

“Chile therefore requests the Court to adjudge and declare that:

(a) The Silala River system, together with the subterranean portions of its system, is an international watercourse, the use of which is governed by customary international law;

(b) Chile is entitled to the equitable and reasonable utilization of the waters of the Silala River system in accordance with customary international law;

(c) Under the standard of equitable and reasonable utilization, Chile is entitled to its current use of the waters of the Silala River;

(d) Bolivia has an obligation to take all appropriate measures to prevent and control pollution and other forms of harm to Chile resulting from its activities in the vicinity of the Silala River;

(e) Bolivia has an obligation to cooperate and to provide Chile with timely notification of planned measures which may have an adverse effect on shared water resources, to exchange data and information and to conduct where appropriate an environmental impact assessment, in order to enable Chile to evaluate the possible effects of such planned measures. Obligations that Bolivia has breached so far as concerns its obligation to notify and consult Chile with respect to

activities that may affect the waters of the Silala River or the utilization thereof by Chile.”

in the Reply and in the additional pleading:

“With respect to the counter-claims presented by the Plurinational State of Bolivia, Chile requests the Court to adjudge and declare that:

- (a) The Court lacks jurisdiction over Bolivia’s Counter-Claim (a), alternatively, Bolivia’s Counter-Claim (a) is moot, or is otherwise rejected;
- (b) Bolivia’s Counter-Claims (b) and (c) are rejected.”

On behalf of the Government of Bolivia,

in the Counter-Memorial:

“I. Bolivia respectfully asks the Court to dismiss and reject the requests and submissions of Chile and to adjudge and declare that:

- (a) The waters of the Silala springs are part of an artificially enhanced watercourse;
- (b) Customary international rules on the use of international watercourses do not apply to the artificially-flowing Silala waters;
- (c) Bolivia and Chile are each entitled to the equitable and reasonable utilization of the naturally-flowing Silala waters, in accordance with customary international law;
- (d) The current use of the naturally-flowing Silala waters by Chile is without prejudice to Bolivia’s right to an equitable and reasonable use of these waters;
- (e) Bolivia and Chile each have an obligation to take all appropriate measures to prevent the causing of significant transboundary environmental harm in the Silala;
- (f) Bolivia and Chile each have an obligation to cooperate and provide the other State with timely notification of planned measures

which may have a significant adverse effect on naturally-flowing Silala waters, exchange data and information and conduct where appropriate environmental impact assessments;

(g) Bolivia did not breach the obligation to notify and consult Chile with respect to activities that may have a significant adverse effect upon the naturally-flowing Silala waters or the lawful utilization thereof by Chile.

2. As to Bolivia's Counter-Claims, Bolivia respectfully requests the Court to adjudge and declare that:

(a) Bolivia has sovereignty over the artificial channels and drainage mechanisms in the Silala that are located in its territory and has the right to decide whether and how to maintain them;

(b) Bolivia has sovereignty over the artificial flow of Silala waters engineered, enhanced, or produced in its territory and Chile has no right to that artificial flow;

(c) Any delivery from Bolivia to Chile of artificially-flowing waters of the Silala, and the conditions and modalities thereof, including the compensation to be paid for said delivery, are subject to the conclusion of an agreement with Bolivia.

3. The present submissions are without prejudice to any other claim that Bolivia may formulate in relation to the Silala waters.”

in the Rejoinder:

“With respect to the Counter-Claims presented by the Plurinational State of Bolivia, Bolivia requests the Court to adjudge and declare that:

(a) Bolivia has sovereignty over the artificial channels and drainage mechanisms in the Silala that are located in its territory and has the right to decide whether and how to maintain them;

(b) Bolivia has sovereignty over the artificial flow of Silala waters

engineered, enhanced, or produced in its territory and Chile has no right to that artificial flow;

(c) Any delivery from Bolivia to Chile of artificially-flowing waters of the Silala, and the conditions and modalities thereof, including the compensation to be paid for said delivery, are subject to the conclusion of an agreement with Bolivia.”

27. At the oral proceedings, the following final submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Chile,

at the hearing of 11 April 2022, on the claims of Chile:

“Chile requests the Court to adjudge and declare that:

(a) The Silala River system, together with the subterranean portions of its system, is an international watercourse, the use of which is governed by customary international law;

(b) Chile is entitled to the equitable and reasonable utilization of the waters of the Silala River system in accordance with customary international law;

(c) Under the standard of equitable and reasonable utilization, Chile is entitled to its current use of the waters of the Silala River;

(d) Bolivia has an obligation to take all appropriate measures to prevent and control pollution and other forms of harm to Chile resulting from its activities in the vicinity of the Silala River;

(e) Bolivia has an obligation to cooperate and to provide Chile with timely notification of planned measures which may have an adverse effect on shared water resources, to exchange data and information and to conduct where appropriate an environmental impact assessment, in order to enable Chile to evaluate the possible effects of such planned measures. Obligations that Bolivia has breached so far as concerns its obligation to notify and consult Chile with respect to

activities that may affect the waters of the Silala River or the utilization thereof by Chile.”

at the hearing of 14 April 2022, on the counter-claims of Bolivia:

“[T]he Republic of Chile requests the Court to adjudge and declare that:

(a) To the extent that Bolivia claims sovereignty over the channels and drainage mechanisms in the Silala River system that are located in its territory and the right to decide whether to maintain them, the Court lacks jurisdiction over Bolivia’s Counter-Claim (a) or, alternatively, Bolivia’s Counter-Claim (a) is moot; to the extent that Bolivia claims that it has the right to dismantle the channels in its territory without fully complying with its obligations under customary international law, Bolivia’s Counter-Claim (a) is rejected;

(b) Bolivia’s Counter-Claims (b) and (c) are rejected.”

On behalf of the Government of Bolivia,

at the hearing of 13 April 2022, on the claims of Chile and the counter-claims of Bolivia: “Bolivia respectfully requests the Court to:

1. Reject all of Chile’s submissions.
2. To the extent that the Court were to consider that there is still a dispute between the Parties, to adjudge and declare that:

(a) The waters of the Silala constitute an international watercourse whose surface flow has been artificially enhanced;

(b) Under the rules of customary international law on the use of international watercourses that apply to the Silala, Bolivia and Chile are each entitled to an equitable and reasonable utilization of the Silala waters;

(c) Chile's current use of the waters of the Silala is without prejudice to Bolivia's right to an equitable and reasonable use of these waters;

(d) Bolivia and Chile each have an obligation to take all appropriate measures to prevent the causing of significant transboundary harm in the Silala;

(e) Bolivia and Chile each have an obligation to cooperate, notify and consult the other State with respect to activities that may have a risk of significant transboundary harm when confirmed by an environmental impact assessment;

(f) Bolivia has not breached any obligation owed to Chile with respect to the waters of the Silala."

"Bolivia respectfully requests the Court to adjudge and declare that:

(a) Bolivia has sovereignty over the artificial canals and drainage mechanisms in the Silala that are located in its territory and has the right to decide whether and how to maintain them;

(b) Bolivia has sovereignty over the artificial flow of Silala waters engineered, enhanced, or produced in its territory and Chile has no acquired right to that artificial flow;

(c) Any request by Chile made to Bolivia for the delivery of the enhanced flow of the Silala, and the conditions and modalities thereof, including the compensation to be paid for said delivery, is subject to the conclusion of an agreement with Bolivia."

* * *

I. GENERAL BACKGROUND

28. The Silala River has its source in the territory of Bolivia. It originates from groundwater springs in the Southern (Orientales) and Northern (Cajones) wetlands, located in the Potosí Department

of Bolivia, approximately 0.5 to 3 kilometres north-east of the common boundary with Chile at an altitude of around 4,300 metres (see sketch-map below). These high-altitude Andean wetlands, which are also referred to as *bofedales*, are located in an arid region bordering the Atacama Desert. Following the natural topographic gradient which slopes from Bolivia towards Chile, the flow of the Silala, comprised of surface water and groundwater, traverses the boundary between Bolivia and Chile. In Chilean territory, the Silala River continues to flow south-west in the Antofagasta region of Chile until its waters discharge into the San Pedro River at about 6 kilometres from the boundary.

29. Over the years, both Parties have granted concessions for the use of the Silala waters. This use of the waters of the Silala started in 1906, when the “Antofagasta (Chili) and Bolivia Railway Company Limited” (known as the “FCAB”, from the Spanish acronym for Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia) acquired a concession from the Chilean Government for the purpose of increasing the flow of drinking water serving the Chilean port city Antofagasta. Two years later, in 1908, the FCAB also obtained a right of use from the Bolivian Government for the purpose of supplying the steam engines of the locomotives that operated the Antofagasta-La Paz railway. The FCAB built an intake (Intake No. 1) in 1909 on Bolivian territory, at approximately 600 metres from the boundary. In 1910, the pipeline from Intake No. 1 to the FCAB’s water reservoirs in Chile was officially put into operation. In 1928, the FCAB constructed channels in Bolivia. Chile claims that this was done for sanitary reasons, to inhibit breeding of insects and avoid contamination of potable water. According to Bolivia, the channelization had the purpose of artificially drawing the water from the surrounding springs and *bofedales*, which enhanced the surface flow of the Silala into Chile. In 1942, a second intake and pipeline were built in Chilean territory at approximately 40 metres from the international boundary.

30. On 7 May 1996, the Minister for Foreign Affairs of Bolivia issued a press release in response to certain articles in the Bolivian press refe-

ring to an alleged diversion by Chile of the waters of the “boundary Silala river”. In the press release, the Minister stated that, according to a technical report on the international character of the Silala prepared by Bolivia’s National Commission of Sovereignty and Boundaries, the Silala was a river that originated in Bolivian territory, and then flowed into Chilean territory. He also indicated that there was “no water diversion” as confirmed during the field work carried out by the Mixed Boundary Commission in 1992, 1993 and 1994. The Minister noted, however, that he would include the issue on the bilateral agenda “given that the waters of the Silala river have been used since more than a century by Chile” at a cost to Bolivia.

31) On 14 May 1997, the Prefect of the Potosí Department, by Administrative Resolution No. 71/97, revoked and annulled the concession granted to the FCAB in 1908 to exploit the spring waters of the Silala, on the grounds that its object, cause and purpose had disappeared, as steam locomotives were no longer in use, and that the company no longer existed as “an active corporate in Bolivian territory”. Supreme Decree No. 24660 of 20 June 1997, which gives the above-mentioned administrative resolution the legal status of a presidential supreme decree, makes reference to “evidence of the improper use” of the Silala waters “outside the granting of their use, with prejudice to the interests of the State and in clear violation of Articles 136 and 137 of the State Political Constitution”.

Sketch-map of the general geographical context



32. By 1999, the question of the status of the Silala and the character of its waters had become a point of contention between the Parties. In particular, on 3 September 1999, the Ministry of Foreign Affairs of Bolivia addressed a diplomatic Note to the Consulate General of Chile in La Paz contending that, despite the annulment in 1997 by Bolivia of the concession granted to the FCAB in 1908 to exploit the spring waters of the Silala, the company persisted in its use of those waters. The Ministry added that the matter was one that remained in the private sphere and was, as such, under Bolivia’s jurisdiction. The Ministry moreover asserted that the spring waters of the Silala, which

were entirely located in Bolivian territory, created wetlands, from where the waters were conducted by means of artificial works, “generating a system that lack[ed] any characteristic of a river, let alone of an international river of a successive course”.

33. In response, the Chilean Government sent two diplomatic Notes to the Ministry of Foreign Affairs of Bolivia. By a Note Verbale dated 15 September 1999, the Ministry of Foreign Affairs of Chile expressed disagreement with the statement that the Silala lacked “any characteristic of a river” and affirmed that, until that point, the “Bolivian Government had never officially disowned the fact that the Silala [was] a river that naturally respond[ed] to the definition that international law takes into account for that purpose”. The Ministry further emphasized that any calls for tenders by the Bolivian Water Resources Superintendency should bear in mind the “binational nature of this shared water resource” and the need to “include the rights of Chile in its capacity as sovereign over the downstream course”. By a Note Verbale dated 14 October 1999, the General Consulate of Chile in La Paz expressed concern that the

“Bolivian Water Resources Superintendency insist[ed] on carrying out a public tendering process of the waters of the Silala river, disregarding the clear principles of international law that safeguard the legitimate rights and interests of the Republic of Chile over said water resource”.

34. The Ministry of Foreign Affairs of Bolivia replied to the above communications by a diplomatic Note dated 16 November 1999, reaffirming its position that the waters of the Silala were governed by Bolivia’s national legal system “in full exercise of the territorial sovereignty that is recognized by the rules and principles of international law”. According to the Ministry, the waters of the Silala were “formed in Bolivian territory and . . . would be consumed in that same territory”, were it not for the channelization works made by the concessionaire company as a result of the 1908 concession granted by Bolivia.

35. In April 2000, Bolivia granted a concession to a Bolivian company, DUCTEC, authorizing the commercialization of the waters of the Silala. That company later sought to invoice two Chilean companies for their use of Silala waters within Chilean territory. Chile protested against the concession on the grounds that it disregarded the international nature of the Silala and the rights of Chile over the Silala River.

36. The two Parties attempted to reach a bilateral agreement on “the ‘rational and sustainable management’ of the waters of the Silala” in the period up to 2010. During that period, a bilateral Working Group on the Silala Issue was created to carry out joint technical and scientific studies to determine the nature, origin and flow of the waters of the Silala. Two draft agreements were drawn up in 2009 but were never signed.

37. Chile indicates that it decided to request a judgment from the Court on “the nature of the Silala River as an international watercourse and of Chile’s rights as a riparian State”, following several statements made by the President of Bolivia, Mr. Evo Morales, in 2016, in which he accused Chile of illegally exploiting the waters of the Silala without compensating Bolivia, stated that the Silala was “not an international river” and expressed an intention to bring the dispute before the Court. Chile accordingly instituted proceedings against Bolivia before the Court on 6 June 2016 (see paragraph 1 above).

38. As mentioned above (see paragraph 24), during the oral proceedings, Chile produced a new document, referred to as “Draft Agreement of 2019”, which it had submitted to Bolivia in June 2019 as a new proposal aimed at bringing the dispute over the Silala to an end. According to Chile, the proposal received no reply from Bolivia.

II. EXISTENCE AND SCOPE OF THE DISPUTE: GENERAL CONSIDERATIONS

39. The Court must, at the outset, determine whether it has jurisdiction to entertain the claims and the counter-claims of the Parties and, if so, whether there are reasons that prevent the Court from exercising its jurisdiction in whole or in part. Chile seeks to found the Court's jurisdiction on Article XXXI of the Pact of Bogotá. That provision reads:

“In conformity with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice, the High Contracting Parties declare that they recognize in relation to any other American State, the jurisdiction of the Court as compulsory *ipso facto*, without the necessity of any special agreement so long as the present Treaty is in force, in all disputes of a juridical nature that arise among them concerning:

- (a) [t]he interpretation of a treaty;
- (b) [a]ny question of international law;
- (c) [t]he existence of any fact which, if established, would constitute the breach of an international obligation;
- (d) [t]he nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation.”

The existence of a dispute between the Parties is a condition of the Court's jurisdiction under Article XXXI of the Pact of Bogotá. A dispute is “a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests” between parties (*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11*). For the Court to have jurisdiction, the “dispute must in principle exist at the time the Application is submitted to the Court” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 442, para. 46*). The initial written pleadings of the Parties revealed a number of questions of law and fact on which the Parties disagreed (see Sections III and IV). The Parties have not contested

that Article XXXI of the Pact of Bogotá provides the Court with jurisdiction to adjudicate the dispute between them. The only exception is Chile's assertion that the Court lacks jurisdiction in respect of Bolivia's first counter-claim. Leaving aside this objection, which will be addressed below (see Section IV), the Court is satisfied that it has jurisdiction to adjudicate the dispute between the Parties.

40. The Court observes that some positions of the Parties have evolved considerably during the course of the proceedings. Each Party now contends that certain claims or counter-claims of the other Party are without object or present hypothetical questions and are thus to be rejected. Before examining the claims and counter-claims of the Parties, the Court makes some general observations with respect to these assertions.

41. The Court recalls that, even if it finds that it has jurisdiction, "[t]here are inherent limitations on the exercise of the judicial function which the Court, as a court of justice, can never ignore" (*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1963*, p. 29; see also *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2013*, p. 69, para. 45). The Court has emphasized that "[t]he dispute brought before it must . . . continue to exist at the time when the Court makes its decision" and that "there is nothing on which to give judgment" in situations where the object of a claim has clearly disappeared (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 271-272, paras. 55 and 59). It "has already affirmed on a number of occasions that events occurring subsequent to the filing of an application may render the application without object" (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, p. 14, para. 32; see also *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1988*, p. 95, para. 66). Such a situation may cause the Court to "deci[de] not to proceed to judgment on the merits" (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2002*, pp. 12-13, para. 26; see also *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*,

Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998, pp. 467-468, para. 88).

42. The Court has held “that it cannot adjudicate upon the merits of the claim” when it considers that “any adjudication [would be] devoid of purpose” (*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, p. 38). The Court observes that its task is not limited to determining whether a dispute has disappeared in its entirety. The scope of a dispute brought before the Court is circumscribed by the claims submitted to it by the parties. Therefore, in the present case, the Court also has to ascertain whether specific claims have become without object as a consequence of a convergence of positions or agreement between the Parties, or for some other reason.

43. To this end, the Court will carefully assess whether and to what extent the final submissions of the Parties continue to reflect a dispute between them. The Court has no power to “substitute itself for [the parties] and formulate new submissions simply on the basis of arguments and facts advanced” (*Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits, Judgment, No. 7, 1926, P.C.I.J., Series A, No. 7*, p. 35). However, it is “entitled to interpret the submissions of the parties, and in fact is bound to do so; this is one of the attributes of its judicial functions” (*Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 262, para. 29). In undertaking this task, the Court will take into account not only the submissions, but also, *inter alia*, the Application as well as all the arguments put forward by the Parties in the course of the written and oral proceedings (see *ibid.*, p. 263, paras. 30-31). The Court will thus interpret the submissions, in order to identify their substance and to determine whether they reflect a dispute between the Parties.

44. Each Party maintains that certain submissions of the other Party, while reflecting points of convergence between the Parties, remain vague, ambiguous or conditional, and therefore cannot be taken to express agreement between them. Each has therefore requested the

Court to render a declaratory judgment with respect to certain submissions, pointing to the need for legal certainty in their mutual relations. The Applicant emphasized the need for a declaratory judgment to prevent the Respondent from changing its position in the future on the law applicable to international watercourses and to the Silala.

45. The Court notes that “[i]t is clear in the jurisprudence of the Court and its predecessor that ‘the Court may, in an appropriate case, make a declaratory judgment’” (*Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (II), p. 662, para. 49, citing *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1963, p. 37). The Court further recalls that the purpose of a declaratory judgment

“is to ensure recognition of a situation at law, once and for all and with binding force as between the Parties; so that the legal position thus established cannot again be called in question in so far as the legal effects ensuing therefrom are concerned” (*Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, Judgment No. II, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 13, p. 20).

46. Given that the Court’s role in a contentious case is to resolve existing disputes, the operative paragraph of a judgment should not, in principle, record points on which the Court finds the parties to be in agreement (see *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2013, pp. 71-73, paras. 53-59). Statements made by the parties before the Court must be presumed to be made in good faith. The Court carefully assesses such statements. If the Court finds that the parties have come to agree in substance regarding a claim or a counter-claim, it will take note of that agreement in its judgment and conclude that such a claim or counter-claim has become without object. In such a case, there is no call for a declaratory judgment.

47. The Court notes that, in the present case, many submissions are closely interrelated. A conclusion that a particular claim or counter-claim is without object does not preclude the Court from addressing certain questions that are relevant to such a claim or counter-claim in the course of examining other claims or counter-claims that remain to be decided.

48. The Court further recalls that its function is “to state the law, but it may pronounce judgment only in connection with concrete cases where there exists at the time of the adjudication an actual controversy involving a conflict of legal interests between the parties” (*Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, pp. 33-34; *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 138, para. 123). The Court reaffirms that “it is not for the Court to determine the applicable law with regard to a hypothetical situation” (*ibid*). In particular, it has held that it does not pronounce “on any hypothetical situation which might arise in the future” (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 32, para. 73).

49. In assessing the Parties’ claims and counter-claims, the Court will be guided by the above considerations.

III. CLAIMS OF CHILE

1. Submission (a): the Silala River system as an international watercourse governed by customary international law

50. In its submission (a), Chile asks the Court to adjudge and declare that “[t]he Silala River system, together with the subterranean portions of its system, is an international watercourse, the use of which is governed by customary international law”. Chile maintains that the definition of “international watercourse” contained in Article 2 (a) and (b) of the 1997 Convention on the Law of the Non-Naviga-

tional Uses of International Watercourses (hereinafter referred to as the “1997 Convention”) reflects customary international law and that the Silala waters, irrespective of their “natural” or “artificial” character, qualify as an international watercourse. Chile further maintains that the customary international law rules applicable to international watercourses apply to the Silala waters in their entirety.

51. Chile’s position with respect to submission (a) has remained unchanged throughout the proceedings. While acknowledging that “Bolivia has belatedly accepted” that submission (a) “is true to an extent”, Chile maintains that the Parties continue to disagree on its submission (a).

* * *

52. Bolivia’s position with respect to Chile’s submission (a) has evolved in the course of the proceedings. In its Counter-Memorial, Bolivia requested the Court to adjudge and declare that “(a) [t]he waters of the Silala springs are part of an artificially enhanced watercourse; (b) [c]ustomary international rules on the use of international watercourses do not apply to the artificially-flowing Silala waters”. Bolivia opposed the contention that the Silala qualifies, in its entirety, as an international watercourse under customary international law. Bolivia also contested that the definition of the term “international watercourse” contained in Article 2 of the 1997 Convention reflects customary international law as far as the artificially enhanced parts of the Silala waters are concerned. Bolivia further argued that the rules of customary international law applicable to international watercourses only apply to the natural flow of watercourses.

53. During the oral proceedings, Bolivia acknowledged referring to the findings by the experts appointed by each Party that the Silala waters, including those parts that are artificially enhanced, qualify as an international watercourse. Bolivia now also recognizes that the customary international law applicable to the non-navigational uses of international watercourses applies to the entirety of the Silala

waters. Bolivia concludes that the dispute between the Parties with respect to Chile's submission (a) has disappeared in the course of the oral proceedings. On this basis Bolivia requests the Court, in its final submissions, to reject Chile's submission (a) for absence of a dispute and, "[t]o the extent that the Court were to consider that there is still a dispute between the Parties, to adjudge and declare that: (a) [t]he waters of the Silala constitute an international watercourse whose surface flow has been artificially enhanced".

* * *

54. The Court observes at the outset that neither Chile nor Bolivia is party to the 1997 Convention or to any treaty governing the non-navigational uses of the Silala River. Accordingly, in the present case, the respective rights and obligations of the Parties are governed by customary international law.

55. The Court notes that Chile's submission (a) contains the legal propositions that the Silala waters are an international watercourse under customary international law, and that the customary international law rules relating to international watercourses apply to the Silala waters in their entirety. The Court observes that the legal position originally taken by Bolivia in its Counter-Memorial positively opposed both legal propositions advanced by Chile. In particular, Bolivia contested that the rules on the non-navigational uses of international watercourses under customary international law apply to the "artificially enhanced" surface flow of the Silala.

56. The Court observes that the positions of the Parties with respect to the legal status of the Silala waters and the rules applicable under customary international law have converged in the course of the proceedings. During the oral proceedings, Bolivia has on several occasions expressed its agreement with Chile's claim that despite the "artificial enhancement" of the surface flow of the Silala River the Silala waters qualify in their entirety as an international water-

course under customary international law and stated that, therefore, customary international law applies both to the “naturally flowing” waters and the “artificially enhanced” surface flow of the Silala.

57. The Court notes that Bolivia, while recognizing that the Silala waters qualify as an international watercourse, does not consider Article 2 of the 1997 Convention to reflect customary international law. The Court also notes that Bolivia maintains that the “unique characteristics” of the Silala, including the fact that parts of its surface flow are “artificially enhanced”, have to be taken into account when applying the customary rules on international watercourses to the Silala waters. In its final submissions Bolivia thus asks the Court to reject Chile’s submission and, if it does not do so, to find that the surface flow of the Silala has been “artificially enhanced”.

58. For the purpose of determining whether Bolivia agrees with the position of Chile regarding the legal status of the Silala as an international watercourse under customary international law, the Court does not consider it necessary for Bolivia to have recognized that the definition contained in Article 2 of the 1997 Convention reflects customary international law. Furthermore, Bolivia’s insistence on the relevance of the “unique characteristics” of the Silala waters in the application of the rules of customary international law does not change the fact that it has expressed its unequivocal agreement with the proposition that the customary international law on non-navigational uses of international watercourses applies to all of the Silala waters. In this regard, the Court takes note of Bolivia’s response to a question put by one of its Judges during the oral proceedings in which Bolivia confirmed “the Silala’s nature as an international watercourse independent of its undisputable special characteristics, which have no bearing on the existing customary rules”, and emphasized that it “has not attached any conditions or restrictions to its acceptance of the application of customary law”. The Court takes note of Bolivia’s acceptance of the substance of Chile’s submission (*a*).

59. Given that the Parties agree with respect to the legal status of the Silala River system as an international watercourse and on the applicability of the customary international law on non-navigational uses of international watercourses to all the waters of the Silala, the Court finds that the claim made by Chile in its final submission (*a*) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon.

2. Submission (b): Chile's entitlement to the equitable and reasonable utilization of the waters of the Silala River system

60. In its submission (*b*), Chile asks the Court to adjudge and declare that "Chile is entitled to the equitable and reasonable utilization of the waters of the Silala River system in accordance with customary international law". Chile maintains that its entitlement to the waters of the Silala under the principle of equitable and reasonable utilization is not affected by the fact that parts of the flow of the Silala are "artificially enhanced".

61. Chile's position with respect to submission (*b*) has remained unchanged throughout the proceedings. In support of its final submission, Chile confirms that, in its view, Bolivia is equally entitled to equitable and reasonable use of the waters of the Silala. Chile also maintains that, contrary to Bolivia's allegations, it has never contested Bolivia's entitlement. Chile requests the Court to adjudicate on its submission (*b*) in order to ensure legal certainty between the two States.

* * *

62. Bolivia's position with respect to Chile's submission (*b*) has evolved in the course of the proceedings. In its Counter-Memorial, Bolivia claimed that the principle of equitable and reasonable utilization only applies to the "naturally flowing" parts of the Silala waters. Bolivia further maintained that the use of "artificial flows" of the

Silala waters by Chile depends on Bolivia's consent. Bolivia emphasized that, with respect to the "naturally flowing" parts of the Silala, both Parties are entitled to the equitable and reasonable use of the water under customary international law, and that Chile's claim should be dismissed to the extent that it only concerns Chile's rights and disregards Bolivia's rights.

63. During the oral proceedings, Bolivia acknowledged that the right to equitable and reasonable use of the waters of the Silala covers the entirety of the waters. In its view, any dispute between the Parties concerning Chile's submission (*b*) now only concerns the "nuance" that, according to Bolivia, both Parties are entitled to equitable and reasonable utilization. On this basis, Bolivia requests the Court, in its final submissions,

"[t]o the extent that the Court were to consider that there is still a dispute between the Parties, to adjudge and declare that: . . . [u]nder the rules of customary international law on the use of international watercourses that apply to the Silala, Bolivia and Chile are each entitled to an equitable and reasonable utilization of the Silala waters".

* * *

64. The Court observes that, when these proceedings were instituted, Chile's claim regarding its entitlement to the equitable and reasonable use of the waters of the Silala, which includes both the "naturally flowing" and "artificially enhanced" parts, was positively opposed by Bolivia. During the course of the proceedings, however, it became apparent that the Parties agree that the principle of equitable and reasonable utilization applies to the entirety of the waters of the Silala, irrespective of their "natural" or "artificial" character. The Parties also agree that they are both entitled to the equitable and reasonable utilization of the Silala waters under customary international law. It is not for the Court to address a possible difference of opinion regarding a future use of these

waters that is entirely hypothetical (see paragraphs 44 and 48 above).

65. For these reasons, the Court finds that the Parties agree with respect to Chile's submission (*b*). Accordingly, the Court concludes that the claim made by Chile in its final submission (*b*) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon.

3. Submission (c): Chile's entitlement to its current use of the waters of the Silala River system

66. In its submission (*c*), Chile asks the Court to adjudge and declare that "[u]nder the standard of equitable and reasonable utilization, Chile is entitled to its current utilization of the waters of the Silala River". Chile claims that its past and present use of the Silala waters is consistent with the principle of equitable and reasonable utilization. Pointing to the absence of countervailing uses by Bolivia, Chile argues that, as the downstream riparian State, all its past and present use of the flow that crosses the boundary from Bolivia to Chile is equitable and reasonable vis-à-vis Bolivia.

67. Chile's submission (*c*) has remained unchanged throughout the proceedings. Chile asks the Court to confirm that the principle of equitable and reasonable use applies to all the waters of the Silala and that this principle does not leave room for a right to claim compensation for past or future uses of the Silala. In response to Bolivia's interpretation of Chile's submission (*c*) as claiming a right to maintain the "current rate and volume of water flow", Chile emphasizes that this interpretation represents a mischaracterization of its submission. Chile notes that it does not ask the Court to recognize an acquired right, an entitlement to maintain the status quo or a title to a certain amount of water, but rather that it seeks a declaration that its current use of the waters conforms with the principle of equitable and reasonable utilization, without prejudice to any of Bolivia's rights

and the future use of the waters by both States. Chile also points out that Bolivia has “taken note” of Chile’s indication that it “does not seek to obtain any pre-judgment as to what future use of the Silala River may be equitable and reasonable and likewise does not seek in any way to freeze further development and use of the waters so far as concerns either State”. Chile nevertheless maintains that the above-mentioned declaration that it seeks from the Court would ensure legal certainty in the relations between the Parties given the changes in Bolivia’s position.

* * *

68. Bolivia’s position with respect to Chile’s submission (c) has evolved during the proceedings. In its Counter-Memorial, Bolivia asked the Court to adjudge and declare that “Bolivia and Chile are each entitled to the equitable and reasonable utilization of the naturally flowing Silala waters, in accordance with customary international law” and that “[t]he current use of the naturally- flowing Silala waters by Chile is without prejudice to Bolivia’s right to an equitable and reasonable use of these waters”. Bolivia emphasized that any use of the waters by Chile is limited by Bolivia’s exclusive rights over the artificial flow of Silala waters. Bolivia also stated that it understood Chile’s submission (c) as requesting the Court to declare that Chile has a right to maintain the current rate and volume of water flow from Bolivia to Chile which should not be subject to future modification. In its view, such a position would be incompatible with Bolivia’s equal right to its own equitable and reasonable share of the naturally flowing waters of the Silala, as well as its exclusive rights over the artificial flow of Silala waters.

69. During the oral proceedings, Bolivia acknowledged that the right to equitable and reasonable use applies to the Silala waters in their entirety (see paragraph 63 above). Bolivia now claims that Chile’s past use of all the waters of the Silala should be taken into account to determine Bolivia’s future right to an equitable and reasonable use of

the waters. Bolivia further points to the ambiguous formulation of Chile's submission (c) and what it considers to be contradictory statements made by the representatives of Chile in the proceedings before the Court as to the correct interpretation to be given to this submission. According to Bolivia, it is thus unclear whether Chile is prepared to accept unconditionally the risks ensuing from a possible dismantling of the channels and installations (see paragraph 27 above), whatever the scale of the reduction caused in the Silala's surface flow. On this basis, Bolivia, in its final submissions, requests "[t]o the extent that the Court were to consider that there is still a dispute between the Parties, to adjudge and declare that: . . . Chile's current use of the waters of the Silala is without prejudice to Bolivia's right to an equitable and reasonable use of these waters".

* * *

70. The Court notes that, when these proceedings were instituted, Chile's claim to be entitled to its current use of the waters of the Silala was positively opposed by Bolivia as far as it concerned those parts of the flow which Bolivia describes as "artificially enhanced".

71. Considering the statements made by Bolivia during the oral proceedings, the Court also notes that the Parties agree that Chile has a right to the use of an equitable and reasonable share of the waters of the Silala irrespective of the "natural" or "artificial" character or origin of the water flow (see paragraph 69 above). Furthermore, Bolivia does not claim in these proceedings that Chile owes compensation to Bolivia for past uses of the waters of the Silala.

72. The Court observes that the formulation of submission (c) does not, by itself, clearly indicate whether Chile asks the Court only to declare that its current use of the waters of the Silala is in conformity with the principle of equitable and reasonable utilization, or whether Chile requests the Court to declare, in addition, that it has a right to receive the same rate of flow and volume of the waters in the future. In this respect, the Court takes note of several statements made by

Chile during the later stages of the proceedings in which it emphasized that submission (c) only seeks a declaration to the effect that the present use of the waters of the Silala is in conformity with the principle of equitable and reasonable utilization and that its entitlement to any future use is without prejudice to that of Bolivia. Moreover, Chile has underlined, on several occasions, that its right to equitable and reasonable use would not per se be infringed by the reduction of the flow subsequent to a dismantling of the channels and installations.

73. The Court considers that the clarification brought about by these statements is not called into question by references, in Chile's written and oral pleadings, to the general duty of Bolivia not to breach its obligations under customary international law, should it decide to proceed to a dismantling of the channels. In the Court's view, these references do not qualify the substance of Chile's statements but simply recall the general duty of States to act in compliance with their obligations under international law.

74. Regarding Bolivia's contention that Chile's use is without prejudice to Bolivia's future uses of the Silala, the Court reaffirms that there is no opposition of views regarding a corresponding right of Bolivia to the equitable and reasonable use of the Silala waters, as Chile does not deny Bolivia's proposition in this regard (see paragraphs 61 and 64 above).

75. For these reasons, the Court finds that the Parties have, in the course of the proceedings, come to agree with respect to Chile's submission (c). In this connection, the Court takes note of statements by Chile according to which it is no longer contested that it is entirely within Bolivia's sovereign powers to dismantle the channels and to restore the wetlands in its territory in conformity with international law.

76. Since the Parties agree regarding Chile's submission (c), the Court concludes that the claim made by Chile in its final submission (c) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon.

4. Submission (d): Bolivia's obligation to prevent and control harm resulting from its activities in the vicinity of the Silala River system

77. In its submission (d), Chile asks the Court to adjudge and declare that "Bolivia has an obligation to take all appropriate measures to prevent and control pollution and other forms of harm to Chile resulting from its activities in the vicinity of the Silala River". Chile argues that "Bolivia is under an obligation to co-operate and prevent transboundary harm to the utilization of the waters of the Silala River system in Chile". It claims that "States sharing an international watercourse are under an obligation to take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to other watercourse States. This rule of international law is enshrined in Article 7 of the [1997 Convention]." Chile also emphasizes that it does

"not ask the Court to specify precisely what measures Bolivia must take in order to give full effect to Article 7 of the [1997 Convention]. Rather, it asks the [C]ourt to reaffirm that Bolivia has an obligation to take all appropriate measures to prevent and control pollution and other forms of harm to Chile resulting from activities in the vicinity of the Silala River."

78. Chile's submission (d) has remained unchanged throughout the proceedings. During the oral proceedings, Chile confirmed its position that both Parties are bound by the obligation to prevent significant transboundary harm. In Chile's view, this obligation encompasses the duty to notify and exchange information, as well as the duty to conduct an environmental impact assessment.

* * *

79. Bolivia's position with respect to Chile's submission (*d*) has evolved in the course of the proceedings. In its Counter-Memorial, Bolivia maintained that the law of international watercourses, including its obligation to prevent significant transboundary harm under customary international law as reflected in Article 7 of the 1997 Convention, only applies to the naturally flowing waters of the Silala. During the oral proceedings, Bolivia recognized that the obligation not to cause significant transboundary harm applies to all the waters of the Silala irrespective of whether they flow naturally or are "artificially enhanced".

80. Bolivia maintains its position that the "no significant harm" principle applies only to significant environmental harms and not, as Chile alleges, "to 'prevent[ing] and control[ing] pollution and other forms of harm' without qualifications". Bolivia also stresses that both Parties have an obligation of conduct not to cause significant harm to the other riparian State. In its view, this obligation entails that a riparian State shall conduct an environmental impact assessment if it considers that there is a risk of significant harm. If the risk is confirmed, the State shall, according to Bolivia, notify the other Party.

81. On this basis, Bolivia now maintains that a dispute no longer exists in respect of submission (*d*). In its final submission, Bolivia requests "[t]o the extent that the Court were to consider that there is still a dispute between the Parties, to adjudge and declare that: . . . Bolivia and Chile each have an obligation to take all appropriate measures to prevent the causing of significant transboundary harm in the Silala".

* * *

82. The Court notes that when these proceedings were instituted, Bolivia positively opposed the claim contained in Chile's submission

(d) with respect to the applicability of the obligation to prevent transboundary harm to the “artificially enhanced” flow of the Silala.

83. The Court observes that the Parties agree that they are bound by the customary obligation to prevent transboundary harm. Furthermore, the Parties now agree that this obligation applies to the Silala waters irrespective of whether they flow naturally or are “artificially enhanced”. The Parties also agree that the obligation to prevent transboundary harm is an obligation of conduct and not an obligation of result, and that it may require the notification of, and exchange of information with, other riparian States and the conduct of an environmental impact assessment.

84. It is less clear whether the Parties agree on the threshold for the application of the customary obligation to prevent transboundary harm. Bolivia insists that the obligation to take all appropriate measures to prevent transboundary harm only applies to the causing of “significant” harm. Certain statements by Chile might be understood as suggesting a lower threshold. For example, in its Application Chile argued that Bolivia is under an “obligation to co-operate and prevent transboundary harm”. Moreover, Chile has repeatedly claimed that Bolivia is under an obligation “to prevent and control pollution and other forms of harm”, including in its final submission (d).

85. When assessing whether and to what extent the final submissions of the Parties continue to reflect the dispute between them, the Court may interpret those submissions, taking into account the Application as a whole and the arguments of the Parties before it (see paragraph 43 above; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 263, paras. 30-31). The Court notes that Chile has sometimes referred to the obligation to prevent transboundary harm, without specifying that such an obligation is limited to significant transboundary harm. However, Chile has also repeatedly used the term “significant harm” as the threshold for the application of the obligation of prevention, both in its written pleadings and during the oral proceedings.

The Court further notes that neither in its written nor in its oral pleadings did Chile ask the Court to apply a lower threshold than that of “significant harm”. The Court is of the view that Chile’s varying terminology cannot be interpreted, in the absence of more specific indications to the contrary, as expressing a disagreement in substance with the threshold of “significant transboundary harm” put forward by Bolivia and repeatedly used by Chile itself, including with reference to Article 7 of the 1997 Convention.

86. For these reasons, the Court finds that the Parties have, in the course of the proceedings, come to agree regarding the substance of Chile’s submission (*d*). Accordingly, the Court concludes that the claim made by Chile in its final submission (*d*) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon.

5. Submission (e): Bolivia’s obligation to notify and consult with respect to measures that may have an adverse effect on the Silala River system

87. In its submission (*e*), Chile requests the Court to adjudge and declare that Bolivia has an obligation to co-operate and to provide Chile with timely notification of planned measures which may have an adverse effect on shared water resources, to exchange data and information and to conduct, where appropriate, an environmental impact assessment, in order to enable Chile to evaluate the possible effects of such measures. It also requests the Court to adjudge and declare that Bolivia has so far breached the obligation to notify and consult Chile with respect to activities that may affect the waters of the Silala or the utilization thereof by Chile.

88. Bolivia, for its part, asserts that it has not breached any obligation owed to Chile with respect to the waters of the Silala because, under customary international law, the obligations to co-operate, notify and consult arise only in the case of activities that “may have a risk of significant transboundary harm when confirmed by an environ-

mental impact assessment”. It further contends that Chile has not substantiated its claim that Bolivia has breached its obligation to notify and consult in respect of activities that may have a significant adverse effect on the waters of the Silala, since none of the “very modest” activities on which Chile bases its claim gave rise to any risk of harm.

* * *

89. The Court notes that there is a disagreement, in law and in fact, between the Parties regarding Chile’s submission (*e*). This disagreement concerns, first, the scope of the obligation to notify and consult in the customary international law governing the non-navigational uses of international watercourses and the threshold for the application of this obligation. Secondly, it relates to the question whether Bolivia has complied with this obligation when planning and carrying out certain activities.

90. In support of their positions with respect to the relevant rules of customary international law, both Parties refer to the 1997 Convention. They also refer to the draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses adopted by the International Law Commission (hereinafter the “ILC” or the “Commission”) in 1994 (hereinafter the “ILC Draft Articles”), which served as the basis for the 1997 Convention, as well as to the commentaries of the ILC to those Draft Articles. The Court notes in this regard that both Parties consider that a number of provisions of the 1997 Convention reflect customary international law. They disagree, however, about whether this is true as regards certain other provisions, including those relating to procedural obligations, in particular the obligation to notify and consult.

91. Before examining the question of compliance with the obligation to notify and consult in the specific context of the present case, the Court will first recall the legal framework within which this obligation arises and the rules and principles of customary international

law that guide the determination of the procedural obligations incumbent on the Parties to the present proceedings as riparian States of the Silala.

A. Applicable legal framework

92. The Court notes that the customary obligations relating to international watercourses are incumbent on the riparian States of the Silala only if the Silala is in fact an international watercourse. It recalls in this regard that, even though both Parties agree that the Silala is an international watercourse (see paragraph 59), Bolivia has not explicitly recognized that the definition of “international watercourse” set out in Article 2 of the 1997 Convention reflects customary international law (see paragraph 57), contrary to what Chile, for its part, asserts.

93. The Court considers that modifications that increase the surface flow of a watercourse have no bearing on its characterization as an international watercourse.

94. The Court notes in this regard that the experts appointed by each Party agree that the waters of the Silala, whether surface or groundwater, constitute a whole flowing from Bolivia into Chile and into a common terminus. There is no doubt that the Silala is an international watercourse and, as such, subject in its entirety to customary international law, as both Parties now agree.

95. The Court further emphasizes that the concept of an international watercourse in customary international law does not prevent the particular characteristics of each international watercourse being taken into consideration when applying customary principles. The particular characteristics of each watercourse, such as those which appear in the non-exhaustive list contained in Article 6 of the 1997 Convention, form part of the “relevant factors and circumstances” that must be taken into account in determining and assessing what constitutes equitable and reasonable use of an international water-

course under customary international law. As stated above (see paragraph 74), the Parties agree that under customary international law they are both equally entitled to the equitable and reasonable use of the Silala's waters.

96. According to the jurisprudence of the Court and that of its predecessor, an international watercourse constitutes a shared resource over which riparian States have a common right. As early as 1929, the Permanent Court of International Justice declared, with regard to navigation on the River Oder, that there is a community of interest in an international watercourse which provides "the basis of a common legal right" (*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23, p. 27*). More recently, the Court applied this principle to the non-navigational uses of international watercourses and observed that it has been strengthened by the modern development of international law, as evidenced by the adoption of the 1997 Convention (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 56, para. 85*).

97. Under customary international law, every riparian State has a basic right to an equitable and reasonable sharing of the resources of an international watercourse (see *ibid.*, p. 54, para. 78). This implies both a right and an obligation for all riparian States of international watercourses: every such State is both entitled to an equitable and reasonable use and share, and obliged not to exceed that entitlement by depriving other riparian States of their equivalent right to a reasonable use and share. This reflects "the need to reconcile the varied interests of riparian States in a transboundary context and in particular in the use of a shared natural resource" (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 74, para. 177*). In the present case, under customary international law, the Parties are both entitled to an equitable and reasonable use of the waters of the Silala as an international watercourse and obliged, in utilizing the international watercourse, to take all appropriate measures to prevent the causing of significant harm to the other Party.

98. The Court further observes that the principle of equitable and reasonable use of an international watercourse must not be applied in an abstract or static way but by comparing the situations of the States concerned and their utilization of the watercourse at a given time.

99. The Court recalls that in general international law it is “every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States” (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1949*, p. 22). “A State is thus obliged to use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State” in a transboundary context, and in particular as regards a shared resource (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 55-56, para. 101, citing *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 242, para. 29; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2015 (II)*, p. 706, para. 104).

100. The Court has also emphasized that the above-mentioned obligations are accompanied and complemented by narrower and more specific procedural obligations, which facilitate the implementation of the substantive obligations incumbent on riparian States under customary international law (see *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 49, para. 77). As the Court has already had occasion to state, it is in fact only

“by co-operating that the States concerned can jointly manage the risks of damage to the environment that might be created by the plans initiated by one or other of them, so as to prevent the damage in question, through the performance of both the procedural and the substantive obligations” (*ibid*).

101. This is why the Court considers that the obligations to cooperate, notify and consult are an important complement to the substantive obligations of every riparian State. In the Court's view, "[t]hese obligations are all the more vital" when, as in the case of the Silala in the present proceedings, the shared resource at issue "can only be protected through close and continuous co-operation between the riparian States" (*ibid.*, p. 51, para. 81).

102. The Court reaffirms that the Parties do not disagree about the customary nature of the above-mentioned substantive obligations or their application to the Silala. Their disagreement relates to the scope of the procedural obligations and their applicability in the circumstances of the present case. In particular, the Parties disagree about the threshold for the application of the obligation to notify and consult and whether Bolivia has breached this obligation.

B. Threshold for the application of the obligation to notify and consult under customary international law

103. According to Chile, the obligations relating to the exchange of information and prior notification laid down in Articles 11 and 12 of the 1997 Convention reflect customary international law and make more concrete the general obligation to co-operate set out in Article 8 of that Convention.

104. Chile argues that Article 11 of the 1997 Convention lays down a general obligation to provide information on planned measures which is not linked to a risk of harm, but which applies to any planned measure that may have an effect, whether adverse or beneficial, on the condition of an international watercourse.

105. As regards Article 12 of the Convention, Chile, relying on the commentary of the ILC on Article 12 of the Draft Articles, contends that the standard of "significant adverse effect", and not what it considers to be the more rigorous criterion of "significant harm" under

Article 7, is the threshold for the application of the obligation of notification reflected in Article 12 of the 1997 Convention.

* * *

106. Bolivia, for its part, asserts that only Article 12 of the 1997 Convention reflects customary international law. It argues that there is nothing in the *travaux préparatoires* of Article 11 or in the commentaries of the ILC to support the contention that this Article has customary status, and it claims that Chile has also been unable to cite any State practice or *opinio juris* in support of its contention that Article 11 reflects customary international law.

107. Bolivia also rejects the contention that Article 11 imposes autonomous obligations, arguing that it is a “highly general provision”, a “chapeau” to what follows.

108. As regards Article 12 of the Convention, Bolivia acknowledges the indication in the commentary of the ILC that the threshold established by the criterion of “significant adverse effect” is intended to be lower than that of “significant harm” under Article 7, but emphasizes that both obligations apply only when the activity in question may have a negative effect. Bolivia also recalls the Court’s jurisprudence on the nature and scope of the obligation to notify and consult, arguing that, if the activity in question does not give rise to a risk of significant transboundary harm, the State concerned is not under an obligation to conduct an environmental impact assessment or to notify and consult the other riparian States.

* * *

109. The Parties disagree about the interpretation to be given to Article 11 of the 1997 Convention and whether that provision reflects customary international law. Article 11 reads as follows: “Watercourse States shall exchange information and consult each other and, if

necessary, negotiate on the possible effects of planned measures on the condition of an international watercourse.”

110. The Court recalls that the law applicable in the present case is customary international law. Therefore, the obligation to exchange information on planned measures contained in Article 11 of the 1997 Convention applies to the Parties only in so far as it reflects customary international law.

111. Unlike the commentaries to certain other provisions of the ILC Draft Articles, the commentary to Article 11 (which was to become Article 11 of the 1997 Convention) does not refer to any State practice or judicial authority that could suggest the customary nature of this provision. The Commission merely states that illustrations of instruments and decisions “which lay down a requirement similar to that contained in article 11” are provided in the commentary to Article 12 (ILC, Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses and Commentaries thereto, *Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 1994, Vol. II, Part Two, p. 111, paragraph 5 of the commentary to Article 11). Thus, the Commission did not appear to consider that Article 11 of the ILC Draft Articles reflected an obligation under customary international law. In the absence of any general practice or *opinio juris* to support this contention, the Court cannot conclude that Article 11 of the 1997 Convention reflects customary international law. There is therefore no need for the Court to address the interpretation of Article 11 that applies as between the State parties to the 1997 Convention.

112. In view of the foregoing, the Court cannot accept Chile’s contention that Article 11 of the 1997 Convention reflects a general obligation in customary international law to exchange information with other riparian States about any planned measure that may have an effect, whether adverse or beneficial, on the condition of an international watercourse.

113. Turning to Article 12 of the 1997 Convention, the Court notes that, while both Parties consider that this provision reflects customary

international law, they disagree about its interpretation. Article 12 reads as follows:

“Before a watercourse State implements or permits the implementation of planned measures which may have a significant adverse effect upon other watercourse States, it shall provide those States with timely notification thereof. Such notification shall be accompanied by available technical data and information, including the results of any environmental impact assessment, in order to enable the notified States to evaluate the possible effects of the planned measures.”

114. The Court observes that the content of this Article corresponds to a large extent to its own jurisprudence on the procedural obligations incumbent on States under customary international law as regards transboundary harm, including in the context of the management of shared resources. Indeed, in its jurisprudence the Court has confirmed the existence, in certain circumstances, of an obligation to notify and consult other riparian States concerned. It has emphasized that this customary obligation applies when “there is a risk of significant transboundary harm” (*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2015 (II)*, p. 707, para. 104). The Court recalls that, in that judgment, it specified the steps and the approach to be taken by a State planning to undertake an activity on or around a shared resource or generally capable of having a significant transboundary effect. The State in question

“must, before embarking on an activity having the potential adversely to affect the environment of another State, ascertain if there is a risk of significant transboundary harm, which would trigger the requirement to carry out an environmental impact assessment.

.....

If the environmental impact assessment confirms that there is a risk of significant transboundary harm, the State planning to undertake the activity is required, in conformity with its due diligence obligation, to notify and consult in good faith with the potentially affected State, where that is necessary to determine the appropriate measures to prevent or mitigate that risk.” (*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II),

pp. 706-707, para. 104.)

115. The Court is aware of the differences between the formulations used in Article 12 of the 1997 Convention and those used in its own jurisprudence regarding the threshold for the application of the customary obligation to notify and consult, and on the duty to conduct a prior environmental impact assessment. In particular, the Convention refers to “planned measures which may have a significant adverse effect upon other watercourse States”, whereas the Court has referred to “a risk of significant transboundary harm”. The Court also notes that the ILC’s commentary does not specify the degree of harm that meets the threshold for the application of the obligation of notification contained in Article 12 of the Draft Articles. The ILC simply states that “[t]he threshold established by this standard is intended to be lower than that of ‘significant harm’ under article 7. Thus a ‘significant adverse effect’ may not rise to the level of ‘significant harm’ within the meaning of article 7.” (ILC, Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses and Commentaries thereto, *YILC*, 1994, Vol. II, Part Two, p. III, paragraph 2 of the commentary to Article 12.)

116. The Court notes that even though the requirements of notification and consultation established in its jurisprudence and in Article 12 of the 1997 Convention are not worded in identical terms, both formulations suggest that the threshold for the application of the obligation to notify and consult is reached when the measures

planned or carried out are capable of producing harmful effects of a certain magnitude.

117. The Court considers that Article 12 of the 1997 Convention does not reflect a rule of customary international law relating to international watercourses that is more rigorous than the general obligation to notify and consult contained in its own jurisprudence.

118. It therefore concludes that each riparian State is required, under customary international law, to notify and consult the other riparian State with regard to any planned activity that poses a risk of significant harm to that State.

C. Question of Bolivia's compliance with the customary obligation to notify and consult

119. Having found that customary international law imposes on each Party an obligation to notify and consult with regard to any planned activity that carries a risk of significant harm to the other Party, the Court will now ascertain whether Bolivia's conduct has been in accordance with customary international law, in view of Chile's claims in that regard.

* * *

120. Chile maintains that Bolivia, in breach of the obligation incumbent on it, has consistently refused to provide Chile with the necessary information on certain measures planned or carried out with respect to the waters of the Silala.

121. In support of its claim that Bolivia has failed to respect the customary obligations relating to the exchange of information and prior notification, Chile cites the granting of a concession by Bolivia in 1999 to a private Bolivian company, DUCTEC, with the aim of commercializing water taken from the Silala. It contends that the Respondent left unanswered a diplomatic Note from Chile inviting Bolivia to

enter into a bilateral dialogue to “agree[] on a cooperation scheme and equitable use” of the Silala’s waters. Chile also refers to two diplomatic Notes by which it requested information from Bolivia on several projects in the Silala area announced in the press in 2012 by the Governor of the Department of Potosí, including the construction of a fish farm, a weir and a mineral water bottling plant. It asserts that, in response, Bolivia refused to transmit the information requested on the pretext that the waters of the Silala did not constitute an international watercourse. More recently, in 2017, Chile made a new request seeking information on the construction of a military post and on the building of ten houses situated close to the watercourse. According to Chile, Bolivia refused to provide the information requested, asserting that “the scarce . . . infrastructure” that existed at the site posed no danger of generating pollution or affecting the quality of the Silala’s waters, first, because the ten houses were uninhabited, and, secondly, with respect to the military post, because appropriate mechanisms ensuring the preservation and conservation of the waters had been put in place.

122. Chile states that it has taken note of the Respondent’s assertion that “none of Bolivia’s very limited activities have ever given rise to a risk of a transboundary harm”. It maintains, however, that the performance of the obligation to exchange information about planned measures is not linked to a risk of harm, but is an application of both the general obligation to co-operate and the requirement of due diligence in relation to environmental protection.

* * *

123. Bolivia does not contest Chile’s description of the events or of the diplomatic exchanges between the Parties. Nevertheless, it claims that it has complied with all procedural obligations relating to the planned measures concerning the Silala, in accordance with customary international law. It contends that customary international law limits the obligation to notify and consult to situations where an envi-

ronmental impact assessment confirms that there is a risk of significant transboundary harm. Bolivia asserts that the activities in question gave rise to no risk of significant harm and that, consequently, it had no obligation to notify or consult Chile.

124. Bolivia notes with respect to the projects referred to by Chile that none posed any risk of pollution or of any other form of harm. According to Bolivia, DUCTEC never implemented any plans to use the waters of the Silala; any ideas to build a small weir or a water bottling plant never materialized; the fish farm project was abandoned and the ten “small” houses were never inhabited. As regards the military post which it describes as “very modest”, Bolivia claims to have implemented measures to prevent any contamination, as it had assured Chile that it would. Bolivia further notes that Chile has never claimed, let alone established, that the activities carried out by Bolivia have caused it any harm, much less significant harm.

* * *

125. The Court will evaluate Bolivia’s compliance with the procedural obligation to notify and consult in light of the foregoing conclusions on the content of that customary obligation and the threshold for its application. As established above, a riparian State is obliged to notify and consult the other riparian States about any planned measures that pose a risk of significant transboundary harm.

126. Consequently, the Court would only need to consider the question whether Bolivia has conducted an objective assessment of the circumstances and of the risk of significant transboundary harm in accordance with customary law if it were established that any of the activities undertaken by Bolivia in the vicinity of the Silala posed a risk of significant harm to Chile. This could be the case if, by their nature or by their magnitude, and in view of the context in which they are to be carried out, certain planned measures pose a risk of significant transboundary harm (see *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction*

of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II), pp. 720-721, para. 155).

127. However, this cannot be said of the measures taken by the Respondent about which Chile complains. Chile has not demonstrated or even alleged any risk of harm, let alone significant harm, linked to the measures planned or carried out by Bolivia. The Court notes that Bolivia has provided a number of factual details about the planned measures, which have not been disputed by Chile. Thus, no steps were taken to implement the plans to allow the Bolivian company DUCTEC to use the waters. No action was taken in respect of the projects to build a fish farm, a weir and a mineral water bottling plant. As for the ten small houses that were built, Bolivia has asserted, without contradiction from Chile, that these have never been inhabited. Only the military post was in fact built and put into operation. Bolivia has stated in this regard that the post in question is modest and that it took all necessary measures to prevent the contamination of the Silala and its waters. Chile has not claimed otherwise, nor alleged that any of the measures planned or carried out were capable of causing the slightest risk of harm to Chile.

128. For these reasons, the Court finds that Bolivia has not breached the obligation to notify and consult incumbent on it under customary international law, and the claim made by Chile in its final submission (e) must therefore be rejected.

129. Notwithstanding the above conclusion, the Court takes note of Bolivia's willingness to continue to co-operate with Chile with a view to guaranteeing each Party an equitable and reasonable use of the Silala and its waters. The Court thus invites the Parties to bear in mind the need to conduct consultations on an ongoing basis in a spirit of co-operation, in order to ensure respect for their respective rights and the protection and preservation of the Silala and its environment.

IV. COUNTER-CLAIMS OF BOLIVIA

I. Admissibility of the counter-claims

130. In its Counter-Memorial, Bolivia made three counter-claims (see paragraph 26 above). The Court, in its Order of 15 November 2018, did not consider that it was required to rule definitively, at that stage of the proceedings, on the question of whether Bolivia's counter-claims met the conditions set forth in the Rules of Court and deferred the matter to a later stage (*Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, Order of 15 November 2018, I.C.J. Reports 2018 (II), p. 705). Before considering the merits of the counter-claims, the Court will therefore determine whether they fulfil the conditions set forth in its Rules.

131. Article 80, paragraph 1, of its Rules provides that “[t]he Court may entertain a counter-claim only if it comes within the jurisdiction of the Court and is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party”. The Court has previously characterized these two requirements as relating to “the admissibility of a counter-claim as such” and has explained that the term “admissibility” must be understood “to encompass both the jurisdictional requirement and the direct connection requirement” (*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Counter-Claims, Order of 18 April 2013, I.C.J. Reports 2013, p. 208, para. 20).

132. Bolivia maintains that its counter-claims fulfil the requirements of Article 80, paragraph 1, of the Rules of Court. It contends that the counter-claims come within the jurisdiction of the Court and are connected with the principal claims in accordance with the Rules and the jurisprudence of the Court.

133. The Court recalls that Chile stated, in a letter to the Registry and then through its representative at a meeting between the President of

the Court and the Agents of the Parties, that it did not intend to contest the admissibility of Bolivia's counter-claims (*Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, Order of 15 November 2018, *I.C.J. Reports 2018 (II)*, pp. 704-705).

134. The Court notes that Chile does not contest that the counter-claims come within the Court's jurisdiction. It also notes that Bolivia, like Chile, founds the Court's jurisdiction over the counter-claims on Article XXXI of the Pact of Bogotá. The Court observes that the counter-claims concern rights claimed by Bolivia under the customary international law applicable to international watercourses and therefore fall within "[a]ny question of international law" in respect of which the Court has jurisdiction under Article XXXI of the Pact of Bogotá.

135. The Court further recalls that in accordance with its jurisprudence, it is for the Court,

"in its sole discretion, to assess whether the counter-claim is sufficiently connected to the principal claim, taking account of the particular aspects of each case; and [that], as a general rule, the degree of connection between the claims must be assessed both in fact and in law" (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Counter-Claim, Order of 10 March 1998, *I.C.J. Reports 1998*, pp. 204-205, para. 37).

136. The Court considers that, in this case, the counter-claims are directly connected with the subject-matter of the principal claims, both in fact and in law. It is indeed clear from the Parties' submissions that their claims form part of the same factual complex. Similarly, the respective claims of both Parties concern the determination and application of customary rules in the legal relations between the two States with regard to the Silala. The Court is also of the view that Bolivia's counter-claims are not offered merely as defences to Chile's submissions but set out separate claims (see *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia*

and Herzegovina v. Yugoslavia), *Counter-Claims, Order of 17 December 1997, I.C.J. Reports 1997*, p. 256, para. 27).

137. The Court thus concludes that the requirements of Article 80, paragraph 1, of its Rules are met and that it may examine Bolivia's counter-claims on the merits.

2. First counter-claim: Bolivia's alleged sovereignty over the artificial channels and drainage mechanisms installed in its territory

138. In its first counter-claim, Bolivia requests the Court to adjudge and declare that it has sovereignty over the artificial channels and drainage mechanisms in the Silala located in its territory and that it has the right to decide whether and how to maintain them. It adds that this counter-claim should be uncontroversial, first, because such sovereignty is clearly recognized in international law and in the jurisprudence of the Court and, second, because Chile does not contest, in principle, that Bolivia possesses such sovereign rights.

139. Bolivia nonetheless states that Chile has left it unclear whether it unconditionally accepts Bolivia's sovereign right over the infrastructure of the Silala, which is why it has maintained this counter-claim. It points out in this respect that, contrary to its final submissions, Chile continues to suggest that Bolivia's sovereign rights over that infrastructure are subject to a number of conditions. According to Bolivia, Chile's conditions aim implicitly to guarantee to the Applicant an "acquired right" to its current use of the waters of the Silala. If Chile were to accept unconditionally Bolivia's sovereign right to maintain or dismantle the infrastructure on the Silala, the Court should then, in Bolivia's view, make a formal finding that there is no longer a dispute between the Parties in respect of the first counter-claim.

140. In response to this counter-claim of Bolivia, Chile asserts that it has always recognized Bolivia's sovereignty over the channels located in its territory and does not therefore contest Bolivia's right to

dismantle them. In Chile's view, there is no dispute between the Parties in respect of these two points. Chile argues that even if the Court were to consider that a dispute existed at the time Bolivia filed its counter-claim, the exchanges of written pleadings between the Parties in the present case have deprived this counter-claim of its object.

141. In addition, Chile denies that it is claiming any "acquired right" over the waters of the Silala. In this regard, it states that its assertion that Bolivia's sovereign rights, in particular the right to dismantle the channels, must be exercised in accordance with the principles of customary international law applicable to international watercourses is not a condition imposed by Chile but a statement of law. If this counter-claim were to amount to Bolivia seeking the prerogative to be exempt from the international law by which it is bound in the event of the channels being dismantled, then it should, in Chile's view, be rejected.

* * *

142. The Court has previously stated that, as is the case with principal claims, it "must establish the existence of a dispute between the parties with regard to the subject-matter of the counter-claims" (*Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Counter-Claims, Order of 15 November 2017, *I.C.J. Reports 2017*, p. 311, para. 70). Given that the Parties' positions have changed considerably throughout the present proceedings, as already noted, the Court must satisfy itself that the first counter-claim has not become without object (see paragraph 42 above).

143. The Court observes in respect of this counter-claim that the Parties agree that the artificial channels and drainage mechanisms are located in territory under Bolivia's sovereignty. Both States also agree that, under international law, Bolivia has the sovereign right to decide what becomes of the infrastructure in its territory in the future, and whether to maintain or dismantle it.

144. In this regard, Bolivia contends that, in invoking the right to equitable and reasonable utilization in relation to this counter-claim, Chile seems to consider that the effect of dismantling infrastructure on the flow of the river should be regarded as a potential breach of its right to use the waters of the Silala. In Bolivia's view, this amounts to claiming an "acquired right", meaning that Chile's use of these waters, or any use it might make of them in the future, could be set against Bolivia's right to dismantle the artificial installations. The Court notes in this regard that Chile clearly stated in its written pleadings, and repeated in the oral proceedings, that any reduction in the transboundary surface flow resulting from the dismantling of channels in Bolivia would not be considered a violation of customary international law unless the obligations acknowledged by Bolivia were somehow engaged.

145. Moreover, Chile has accepted the following points presented by Bolivia: Bolivia's sovereignty over the channels and drainage mechanisms; Bolivia's sovereign right to maintain or dismantle those channels and drainage mechanisms; Bolivia's sovereign right to restore the wetlands; and the fact that these rights must be exercised in compliance with the customary obligations applicable with regard to significant transboundary harm. The Court concludes that in respect of these points there is no longer any disagreement between the Parties.

146. As noted above, the Parties agree that Bolivia's right to construct, maintain or dismantle the infrastructure in its territory must be exercised in accordance with the applicable rules of customary international law (see paragraph 75). In particular, Bolivia clearly stated during the oral proceedings that its sovereign right over this infrastructure, including the right to dismantle it, must be exercised in compliance with the customary obligations applicable with regard to significant transboundary harm. The Parties also agree that the rules applicable to the Silala include, in particular, the right to equitable and reasonable utilization by riparian States, the exercise of due diligence to avoid causing significant harm to other

watercourse States, and compliance with the general obligation to co-operate as well as with all procedural obligations (see paragraphs 64, 85 and 102 above). It is possible that the Parties may, in the future, express divergent views on the implementation of these obligations in the event of infrastructure installed on the Silala being dismantled. This possibility, however, does not alter the fact that Chile does not contest the right which is the subject-matter of the first counter-claim, namely Bolivia's right to maintain or dismantle the channels located in its territory. The Court considers that Bolivia may rely on Chile's acceptance of Bolivia's right to dismantle the channels.

147. In light of the foregoing, the Court concludes that there is no disagreement between the Parties. In accordance with its judicial function, the Court may pronounce only on a dispute that continues to exist at the time of adjudication (see paragraph 42 above). Consequently, the Court finds that the counter-claim made by Bolivia in its final submission (*a*) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon.

3. Second counter-claim: Bolivia's alleged sovereignty over the "artificial" flow of Silala waters engineered, enhanced or produced in its territory

148. In its second counter-claim as presented in its final submissions, Bolivia requests the Court to adjudge and declare that it has sovereignty over the artificial flow of Silala waters engineered, enhanced or produced in its territory, and that Chile has no acquired right to that artificial flow. It thus argues that Chile has for many years benefited, without paying any compensation, from an artificial flow generated by the infrastructure installed on the Silala by Bolivia, adding that Chile has no acquired right to the maintenance of that flow. Chile's right to the equitable and reasonable utilization of the waters of the Silala does not create an obligation for Bolivia to maintain the infrastructure in its territory and the flows "generated" by it.

149. Bolivia maintains that Chile has acknowledged all the propositions underlying the second counter-claim. It points out that Chile has recognized Bolivia's sovereign right to maintain or dismantle the infrastructure located in its territory if it so wishes. According to Bolivia, Chile also agrees that dismantling that infrastructure could have an impact on the "enhanced" flow, which, unlike the "natural" surface flow and the groundwater, would disappear. Bolivia also recalls that Chile stated both that it was not claiming an acquired right to the flow of water generated by the channels and that a reduction in that flow as a result of the channels being dismantled would not in itself constitute a violation by Bolivia of its obligations under customary international law. For Bolivia, its second counter-claim is the logical consequence of these points of agreement with Chile. Bolivia states that in this counter-claim it is asserting its sovereign right to eliminate the "enhanced" surface flow, a right which stems directly from its right to dismantle the channels, without this giving rise to a violation of international law. Bolivia argues that there is no longer any real dispute between the Parties over this issue, since Chile has accepted all the propositions underlying the second counter-claim, which should therefore be upheld.

* * *

150. Responding to Bolivia's second counter-claim, Chile argues that, although this counter-claim has evolved considerably, or even completely changed, over the course of the present proceedings, it is still indefensible in international law. Chile states in this regard that the counter-claim continues to be based on a non-existent distinction in customary international law between the "natural flow" and "artificial flow" of an international watercourse and on the proposition that the "artificial flow" should be exempted from the law on international watercourses.

151. Chile also points out that Bolivia's second counter-claim is based on a misinterpretation of Chile's position as set out in its submission

(c) such that Chile would be claiming an acquired right over the waters of the Silala. Chile contends that this interpretation is erroneous and that it is seeking no such right. It recalls that the Silala is an international watercourse and, as such, is subject in its entirety to customary international law. According to Chile, Bolivia cannot therefore claim a sovereign right over a portion of a shared international watercourse which would in any event eventually flow into Chile, save for minimal evaporation losses.

* * *

152. The Court notes that the wording of this counter-claim and Bolivia's position thereon have changed considerably throughout the proceedings, in particular as a result of its evolving positions and submissions on the nature of the Silala. As mentioned above (see paragraph 53), Bolivia no longer contests the nature of the Silala as an international watercourse and now acknowledges that customary international law applies to the entirety of its waters. The Court further notes that Bolivia no longer claims, as it did in its written pleadings, that it has the right to determine the conditions and modalities for the delivery of the "artificially flowing" waters of the Silala and that any use of such waters by Chile is subject to Bolivia's consent. Bolivia now argues that Chile may continue to benefit in an equitable and reasonable manner from the flow resulting from the installation and channelizations of the Silala springs, so long as the flow continues. What Bolivia now seeks in this counter-claim is a declaration that Chile does not have an "acquired right" to the maintenance of the current situation, and that Chile's right to the equitable and reasonable utilization of the surface flow generated by the channels is not a "right for the future" that would allow it to oppose either the dismantling of those installations or any equitable and reasonable utilization of the waters that Bolivia may claim under customary international law.

153. The Court observes that the meaning ascribed by Bolivia to the term “sovereignty” is no different in substance from the “sovereign right” that Chile recognizes Bolivia to have over the infrastructure installed in Bolivian territory. Bolivia stated that when it refers to its “sovereignty” over the “enhanced flow”, it means that its right over the channel works and its right to dismantle them, which Chile does not dispute, allow it to decide whether the flow generated by those works will be maintained or whether it will cease as a result of the works being dismantled. According to Bolivia, the right that it claims is not an autonomous one but rather stems from its recognized right to maintain or dismantle all the installations in its territory. In this regard, the Court notes Chile’s statement that Bolivia’s right over the infrastructure was “wholly uncontroversial” and that Chile did not object to it.

154. The Court also observes that the second counter-claim, as presented in Bolivia’s final submissions, rests on the premise that Chile is claiming an “acquired right” over the current flow of the Silala. As the Court noted earlier, Chile has clearly stated, first, that it is not claiming any such “acquired right” (see paragraph 67 above) and, second, that it recognizes that Bolivia has a sovereign right to dismantle the infrastructure and that any resulting reduction in the flow of the waters of the Silala into Chile would not in itself constitute a violation by Bolivia of its obligations under customary international law (see paragraphs 75 and 147 above). Consequently, the Court concludes that there is no longer any disagreement between the Parties on this point.

155. In light of the foregoing, the Court finds that, as a consequence of the convergence of views between the Parties on the second counter-claim made by Bolivia in its final submission (*b*), this counter-claim no longer has any object, and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon.

4. Third counter-claim: the alleged need to conclude an agreement for any future delivery to Chile of the “enhanced flow” of the Silala

156. In its third counter-claim as presented in its final submissions, Bolivia requests the Court to adjudge and declare that any request addressed by Chile to Bolivia for the delivery of the enhanced flow of the Silala, and the conditions and modalities thereof, including the compensation to be paid for any such delivery, are subject to the conclusion of an agreement with Bolivia. Bolivia states that this counter-claim addresses the situation in which it decides to dismantle the channel works on the Silala, as is its right, and Chile indicates that it would prefer the works to remain in place so as to continue to receive the “enhanced” surface flow produced by those works. Bolivia argues that, in such a case, the conditions and modalities for keeping the channels in operation and maintaining the current flow, and the compensation due to Bolivia for doing so, would need to be the subject of a negotiated agreement between the two States.

157. Bolivia acknowledges that, in the present proceedings, Chile has stated that it has no objection to Bolivia dismantling the works on the Silala, but it points out that this position of Chile is new and that Chile might have an interest in the maintenance of the channels. Bolivia also claims that international law encourages the conclusion of agreements in such situations. It states that it is in this spirit that it advanced its third counter-claim, which is designed to meet the “particular” and “quite special” circumstances characterizing the waters in their upper reaches in its territory, as well as the interests and needs of both Parties.

* * *

158. Chile asserts that Bolivia’s third counter-claim is premised on an erroneous legal basis. It argues that Bolivia continues to base its third counter-claim on alleged sovereignty over “artificial flows” that does not exist in international law. It states in this regard that Bolivia has no sove-

reignty over any part of the Silala River and cannot claim compensation from Chile for the use of waters that flow naturally into its territory.

159. Chile also considers that Bolivia's third counter-claim is based on a purely hypothetical future scenario which has no basis in actual fact. According to Chile, this counter-claim is dependent on a double hypothetical: that Bolivia communicates to Chile that it is going to dismantle the channels and that Chile requests Bolivia to retain the channels in place. Chile points out that this hypothetical scenario ignores the fact that it has repeated throughout the proceedings that it encourages Bolivia to dismantle the channels, that it considers this to be a matter for Bolivia alone and, lastly, that it has no doubt that dismantling the channels will not materially affect the Silala's flow.

* * *

160. As already noted (see paragraph 48), it is not for the Court to pronounce on hypothetical situations. It may rule only in connection with concrete cases where there exists at the time of the adjudication an actual dispute between the parties.

161. This is, however, not the case with Bolivia's third counter-claim, which does not concern an actual dispute between the Parties. Rather, it seeks an opinion from the Court on a future, hypothetical situation.

162. For these reasons, the counter-claim made by Bolivia in its final submission (c) must be rejected.

* * *

163. For these reasons,

THE COURT,

(i) By fifteen votes to one,

Finds that the claim made by the Republic of Chile in its final submission (a) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon;

IN FAVOUR: *President* Donoghue; *Vice-President* Gevorgian; *Judges* Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, *Judges ad hoc* Daudet, Simma;

AGAINST: *Judge* Charlesworth;

(2) By fifteen votes to one,

Finds that the claim made by the Republic of Chile in its final submission (b) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon;

IN FAVOUR: *President* Donoghue; *Vice-President* Gevorgian; *Judges* Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, *Judges ad hoc* Daudet, Simma;

AGAINST: *Judge* Charlesworth;

(3) By fifteen votes to one,

Finds that the claim made by the Republic of Chile in its final submission (c) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon;

IN FAVOUR: *President* Donoghue; *Vice-President* Gevorgian; *Judges* Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, *Judges ad hoc* Daudet, Simma;

AGAINST: *Judge* Charlesworth;

(4) By fourteen votes to two,

Finds that the claim made by the Republic of Chile in its final

submission (d) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon;

IN FAVOUR: *President* Donoghue; *Vice-President* Gevorgian; *Judges* Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Sebutinde, Bhandari, Salam, Iwasawa, Nolte, *Judges ad hoc* Daudet, Simma;

AGAINST: *Judges* Robinson, Charlesworth;

(5) Unanimously,

Rejects the claim made by the Republic of Chile in its final submission (e);

(6) By fifteen votes to one,

Finds that the counter-claim made by the Plurinational State of Bolivia in its final submission (a) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon;

IN FAVOUR: *President* Donoghue; *Vice-President* Gevorgian; *Judges* Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, *Judges ad hoc* Daudet, Simma;

AGAINST: *Judge* Charlesworth;

(7) By fifteen votes to one,

Finds that the counter-claim made by the Plurinational State of Bolivia in its final submission (b) no longer has any object and that, therefore, the Court is not called upon to give a decision thereon;

IN FAVOUR: *President* Donoghue; *Vice-President* Gevorgian; *Judges* Tomka, Abraham, Bennouna, Yusuf, Xue, Sebutinde, Bhandari, Robinson, Salam, Iwasawa, Nolte, *Judges ad hoc* Daudet, Simma;

AGAINST: *Judge* Charlesworth;

(8) Unanimously,

Rejects the counter-claim made by the Plurinational State of Bolivia in its final submission (c).

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this first day of December, two thousand and twenty-two, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Chile and the Government of the Plurinational State of Bolivia, respectively.

(Signed) Joan E. DONOGHUE, President.

(Signed) Philippe GAUTIER, Registrar.

Judges TOMKA and CHARLESWORTH append declarations to the Judgment of the Court; Judge *ad hoc* SIMMA appends a separate opinion to the Judgment of the Court.

(Initialled) J.E.D.

(Initialled) Ph.G.

ANEXO 2

LIBROS DEL INSTITUTO LATINOAMERICANO DE RELACIONES INTERNACIONALES

**LIBROS DEL INSTITUTO LATINOAMERICANO
DE RELACIONES INTERNACIONALES**

Desafíos en un Mundo Incierto

Surgimiento de un Mundo Nuevo

Acontecimientos Cruciales en un Mundo Global

El Fallo de la Haya y el Futuro de las Relaciones entre Chile y Bolivia

Hacia la Integración Académica de América Latina y el Caribe y la Unión Europea (Coeditor: Juan Marcelo Conrero)

La Demanda Marítima de Bolivia en la Corte Internacional de Justicia

Construyendo el Espacio Común de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación Para la Asociación Estratégica Birregional (Coeditor: Christian Ghymers)

Análisis del Fallo de la Haya y Perspectivas para las Relaciones entre Chile y Perú

El Fallo de La Haya. Controversia Marítima Perú contra Chile (Jaime Lagos Erazo)

Hacia un Espacio Eurolatinoamericano para la Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación

Chile y América Latina en el Escenario Internacional

Demanda del Perú sobre Límite Marítimo con Chile

Una Controversia en la Corte Internacional de Justicia

Diálogos sobre La Haya. El Límite Marítimo entre Chile y Perú

Impactos de la Crisis Internacional sobre la Economía Chilena

Relaciones Internacionales y Renovación del Pensamiento

Los Caminos para la Integración de América Latina

Hacia una América Latina Solidaria

